

J. rom. m.

561(2)

J. rom. m.

561 (2)

Fappeler

Der öffentliche Mann

von dem Verfasser des "Lebens und Thaten des Freiherrn v. Stein"

Wegweiser durch die Geschichte

des öffentlichen Mannes

von dem Verfasser des "Lebens und Thaten des Freiherrn v. Stein"

Wegweiser durch die Geschichte

1851

Verlag von Friedrich Schöningh

1851

Der Rechtsbegriff
des
öffentlichen Wasserlaufs,

entwickelt
aus den Quellen des römischen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doctorwürde.

Der hohen staatswissenschaftl. Facultät der Universität Zürich

vorgelegt durch

Alfred Kappeler

von Zürich.

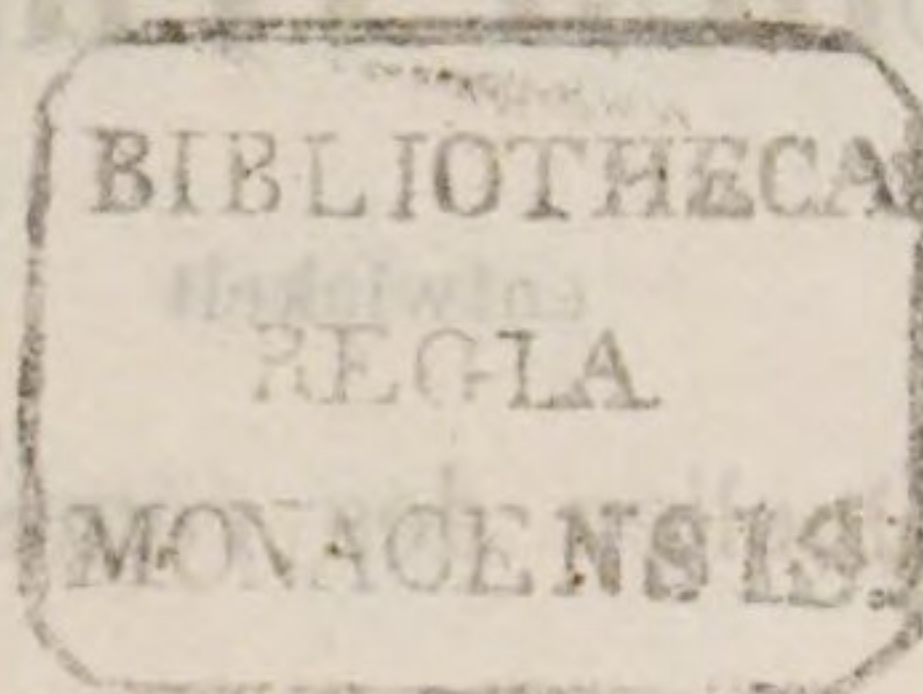
Zürich,
Druck von Friedrich Schulthess.
1867.

238 8.9.

Der Rechtsbegriff

des

öffentlichen Wasserlaufs



Inaugural-Dissertation

von

Karl Ludwig von Kappeler

zum öffentlichen Recht

vorgeliefert durch

Karl Ludwig von Kappeler

von Zürich

Zürich,

Verlag von F. Oeschke & Co.

1891

Vorwort

Meinem alten Freund

E m m e r m a n n

dankbar treu

gewidmet.

Meinem alten Freund

Ernst Moritz Arndt

aus Berlin

gegründet

V o r w o r t.

Dass in allerneuster Zeit zu einer richtigen Auffassung des R. R. in Wasserrechtsfragen überhaupt und gerade in der vorliegenden bereits mehrfache gute Anregung geboten worden ist, geht aus den Anführungen dieser Arbeit genugsam hervor. (Eine ganz frisch erschienene Schrift: „zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen“ von H. Wappäus konnte nicht mehr berücksichtigt werden.) Man wird aber anerkennen, dass in dieser gleich schwierigen als wichtigen Materie noch lange nicht Alles als zu Ende besprochen betrachtet werden kann, vielmehr manche Einzelheiten und selbst die allgemeinen Gesichtspunkte noch einer Feststellung oder doch einer Präcisirung bedürftig sind. Die vorliegende Arbeit, welche dazu einen Beitrag liefern möchte, glaubt darum, wenigstens den Vorwurf der Müssigkeit nicht zu verdienen. —

Vorwort

Diese in allererster Zeit zu einer richtigen Auffassung
des H. in Wasserrechtstagen überhaup und kommt in
der vorliegenden zweite mehrfache gute Abgrenzung gegeben
worden ist, geht aus den Abhandlungen dieser Arbeit genug-
sam hervor. (Es ist ganz gleich ausgedrückt: Schrift, aus
Lehre von den dem H. in Wasserrechtstagen. Sachen, von
H. Wasserrechtstagen nicht mehr herabgeführt werden.)
Es ist aber zu erkennen, dass in dieser gleich schwer-
sam als wichtigen Materie noch lange nicht Alles als zu
Sache besprochen betrachtet werden kann, vielmehr manche
Einschneidungen und selbst die allgemeinen Gesichtspunkte noch
einer Vertiefung oder doch einer Präzisierung bedürftig
sind. Die vorliegende Arbeit, welche dazu einen Beitrag
leisten möchte, plant darum, weitgehend den Vorwurf der
Unvollständigkeit nicht zu verdienen.

1. Begriff der *res publicæ* überhaupt.

Res publicæ sind im weitesten Sinne alle diejenigen Sachen, die in keiner physischen Einzelperson Eigenthum sich befinden. So wird der Ausdruck z. B. gebraucht in L. 1 pr. de D. R. 1, 8. Es werden da die Sachen zunächst eingetheilt in *res divini juris* und *res humani juris*. Von den letztern heisst es sodann: *Hæ autem res, quæ humani juris sunt, aut publicæ sunt, aut privatae; quæ publicæ sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae autem sunt, quæ singulorum sunt.* Welche Gattungen von Sachen hienach unter *res publicæ* begriffen sind, erläutert dann L. 2 pr. eod.: *Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam universitatis, quædam nullius, — pleraque singulorum.* In diesem weitesten Sinn aber findet sich der Ausdruck *res publicæ* selten.

Häufiger bezeichnet man damit in einem engeren Sinn alle diejenigen Sachen, welche eine besondere Beziehung auf den Staat haben und in keiner andern physischen oder juristischen Person Eigenthum stehen. Hier werden dann wieder geschieden: Sachen, die in der *pecunia populi* oder im *patrimonium fisci*, und Sachen, die im *usus publicus* sind¹⁾.

¹⁾ L. 6 pr.; L. 72, § 1 de contr. emt. 18, 1; L. 14 pr. de a. r. d. 41, 1; L. 2, § 4 ne quid in l. p. 43, 8.

Die im *patrimonium fisci* befindlichen Sachen haben gar nichts Eigenthümliches an sich; höchstens ist anzuführen, dass sie kraft besonderer Gesetzesbestimmung aus rein subjectivem Grund (Begünstigung des Staats in seiner Stellung als Eigenthümer derselben) von der ordentlichen Eigenthumsersitzung ausgenommen sind¹⁾. Der einzige Grund, warum diese Sachen *res publicae* genannt werden, ist der, dass der *Fiscus*, die vermögensrechtliche Personification des *populus Romanus*²⁾, deren Eigenthümer ist. Wie man von einem *fundus Cornelianus*, *Sempronianus*, *Botrianus* etc. redet, weil der *Cornelius* etc. dessen Eigenthum hat, kann man natürlich auch eine Sache, deren Eigenthümer der *populus Romanus* ist, *res publica* heissen. *Ulpian* sagt von diesen fiscalischen Sachen (L. 2, § 4 *ne quid in l. p. 43, 8*): — *Res [enim] fiscales quasi propriæ et privatæ Principis sunt*; will man ihr Eigenthum statt auf die juristische Person des Staats auf eine physische Einzelperson zurückführen, so kann man in der römischen Kaiserzeit allerdings am besten den *Princeps*, welcher den Staat repräsentirt, als den Quasi-Eigenthümer bezeichnen.

Zieht man auch noch die *res fiscales* ab, so bleiben als *res publicæ* im engsten Sinn oder *res publicæ stricto sensu*, wie sie künftig genannt werden sollen, nur diejenigen Sachen, welche dem *usus publicus*, d. h. dem öffentlichen Gebrauch besonders der Staatsangehörigen dienen³⁾ und dabei in keiner

¹⁾ L. 18; L. 24, § 1 *de usurp. et usuc.* 41, 3; § 9 *J. de usuc.* 2, 6; L. 2 *Cod. comm. de usuc.* 7, 30.

²⁾ *Forcellini, totius latinitatis lexicon, v publicus*: Est a »populus« quasi *poplicus*.

³⁾ L. 2, § 2 *ne quid in l. p. 43, 8*: — *Loca [enim] publica utique privatorum usibus deserviunt*. L. 83, § 5 *de V. O.* 45, 1: — *rem — usibus publicis in perpetuum relictam*; L. 137, § 6 *eod.*: — *res, quæ*

blossen Privatperson Eigenthum sich befinden. Als Privatpersonen erscheinen aber in dieser Hinsicht auch die Stadtgemeinden. Gaius in L. 16 de V. S. 50, 16 sagt: publica appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit; civitates enim privatorum loco habentur¹⁾. Jedoch ist nicht zu läugnen, dass der engere Kreis der Gemeinde mit dem weiteren des Staates viel Aehnlichkeit hat²⁾, und darum werden oft auch die Sachen wenigstens der Stadtgemeinden (civitates, respublicæ, municipia; nur diese tragen bei den Römern einen politischen Charakter; die vici haben zwar selbständige vermögensrechtliche Persönlichkeit, s. z. B. L. 73, § 1 de legat. I, sind aber in öffentlich-rechtlicher Hinsicht den Stadtgemeinden incorporirt; vgl. Puchta, Institutionen, Bd. 2, § 191, 2), besonders wenn sie dem gemeinen Gebrauch hingegeben sind, res publicæ genannt. Vgl. L. 4, § 7 ad l. Jul. pecul. 48, 13, wonach das nur an pecunia publica zu begehende crimen peculatus auch an res civitatis soll begangen werden können. L. 9 de usurp. et usuc 41, 3. Dass aber dieser Gebrauch uneigent-

publicis usibus in perpetuum relictæ sint. § 2 J. de inut. stip. 3, 19: — rem — publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit etc.

¹⁾ Vgl. auch L. 15 ad SC. Mac. 14, 6; L. 81 de furtis 47, 2.

²⁾ Interessant ist, was Heineccius, Elementa juris civilis sec. ord. Institutionum (herausgeg. v. Phil. Krieger, 1727), § 325 von der stoïschen Schule anführt: Hæc duplicem statuebat rempublicam, maximam alteram, qua dii et homines contineantur; alteram minorem, cui quemque adscripserit conditio nascendi. Seneca, de otio sap. c. 31. In minoribus illis, quas populus quisque coaluit, denuo veluti minimas res publicas, quas universitates vocamus, reperiri, res ipsa docet. Quum ergo singulis rebus publicis sint sua patrimonia, hinc quæ in maximæ reip. patrimonio erant, res communes, quæ in minoris, publicæ, quæ in minimæ, universitatis dicebantur.

lich ist, betont sehr nachdrücklich Ulpian in L. 15 de V. S. 50, 16: Bona civitatis abusive publica dicta sunt, sola enim ea publica sunt, quæ populi Romani sunt.¹⁾ Auch sind in den Institutionen, die, für Anfänger berechnet, mehr als die Digesten auf Präcision und Gleichmässigkeit des Ausdrucks halten, die res publicæ von den res universitatis getrennt (in den Digesten L. 2 pr. de D. R. 1, 8 sind beide als res universitatis zusammengefasst; s. dagegen Pr. J. de R. D. 2, 1), und da in § 6 J. de R. D. 2, 1 als res universitatis „veluti quæ in civitatibus sunt theatra, stadia, et similia, si qua alia sunt communia civitatum“ genannt werden, so ist kein Zweifel, dass im Sinn der Institutionen res civitatis nicht zu den res publicæ gehören.

Die res publicæ s. s. (stricto sensu) nun bedürfen einer eingehenden Betrachtung. Die Hauptfrage ist für uns, ob durch den Begriff einer res publica s. s. das Eigenthum des Staates ausgeschlossen oder ob es dadurch nothwendig gegeben sei oder endlich, ob durch jenen Begriff die Frage nach dem Eigenthum des Staats ganz offen gelassen werde, das Eigenthum oder Nichteigenthum des Staats begrifflich also ganz gleichgültig sei.

¹⁾ Hiemit scheint freilich im directesten Widerspruch zu stehen die L. 17 pr. eod., wo derselbe Ulpian äussert: Inter publica habemus non sacra, nec religiosa, nec quæ publicis usibus destinata sunt, sed si qua sunt civitatum velut bona. Da aber diese Stelle aus dem liber X ad Edictum, wo von den Schulden und dem Concurs der municipia gehandelt wird (vgl. auch die aus demselben Buch entnommene L. 7 quod cujusc. univ. 3, 4), herrührt, so erklärt sie sich einfach so, dass Ulpian die usibus publicis dienenden Sachen der civitates von der Haftung für Gemeindeschulden ausnehmen und als Gemeindevermögen in diesem Sinn nur dasjenige betrachtet wissen will, was Gemeindeeigenthum ist, ohne vom usus publicus in Anspruch genommen zu sein.

Die res publicæ s. s. sind dem commercium entzogen¹⁾; wäre nun erweislich, dass mit dem Entzug aus dem Verkehr allgemein das Bestehen von Eigenthum und überhaupt von Privatrechten unvereinbar sei, so müsste zugegeben werden, dass mit dem Begriff einer res publica s. s. auch das Staatseigenthum nie und nimmer zusammen bestehen könne. Nun aber kann im Allgemeinen von den sog. res, quarum commercium non est,²⁾ nur so viel gesagt werden, dass dieselben überhaupt nicht oder von gewissen Personen nicht zum Gegenstand von Rechtsgeschäften aller Art oder gewisser Art gemacht werden können. Mehr Gemeinsamkeit aller unter diesem Namen vereinigten Sachen lässt sich nicht auffinden. Res sacrae, religiosae und sanctae z. B. sind von aller und jeder menschlichen Berechtigung, als dem jus divinum angehörig, ausgenommen, während res litigiosae, die in L. 1, § 2 quæ res pign. 20, 3 ebenfalls als res, quarum commercium non est, aufgeführt werden, bloss um des die Litiganten angehenden Veräusserungsverbots willen (schon die Verpfändung soll wenigstens hinsichtlich unbeweglicher Sachen nicht ausgeschlossen sein) als verkehrsunfähig bezeichnet werden. Was insbesondere die Meinung anbelangt, dass jede res extra commercium von vornherein als ausser dem Eigenthum stehend betrachtet werden müsse, so mag dagegen, ausser dem schon durch L. 1, § 2 cit. quæ res pign. 20, 3 gelieferten Gegenbeweis, nur noch die sehr deut-

¹⁾ L. 6 pr. de contr. emt. 18, 1: — quorum commercium non sit, ut publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico usu habentur, ut est campus Martius.

²⁾ Es ist hier vom commercium im allgemein privatrechtlichen Sinn, nicht im specifischen des quiriltischen Rechts die Rede.

lich redende L. 39, § 10 de legat. I. angeführt werden: Sed et ea prædia Cæsaris, quæ in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec æstimatio eorum debet præstari, quoniam commercium eorum, nisi jussu Principis, non sit, quum distrahi non soleant.¹⁾ Im Gegensatz zu § 8 eod., wo von res, quæ principalibus usibus deserviunt, die Rede ist, sind hier Sachen in Frage, woran der Kaiser nicht nur Nutzung, sondern Eigenthum hat (Sachen, die nach der in der frühern Kaiserzeit noch bestehenden Trennung nicht zum ærarium populi, sondern zum fiscus Cæsaris gehören). Keller, Ihering u. A.²⁾ haben daher Unrecht, wenn sie das Stehen der res publicæ s. s. ausserhalb des Staatseigenthums schon mit der

¹⁾ Dass die Veräusserungs- und speciell die Kaufs- und Verkaufsbeschränkung die Wurzel der Extracommerciumqualität ist, zeigt Ulpian's Definition von commercium in Ulpiani fragmenta bei Huschke, XIX, 5: Commercium est emendi vendendique invicem jus. Vgl. L. 34, § 1 de contr. emt. 18, 1: Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio fit.

²⁾ Ihering, der Streit über die Festungswerke der Stadt Basel (1862); Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel nach deren gegenwärtigem Rechtsverhältnisse betreffend (verfasst 1859, veröffentlicht 1861). Derselbe, Erwiderung auf das veröffentlichte Gutachten des Herrn Prof. Dr. Rüttimann betreffend die Basler Festungswerke. Vgl. auch Kellers Pandecten, § 48, p. 94, wo das Eigenthum des Staats für »mit der Eigenschaft einer res extra commercium durchaus unverträglich« erklärt wird. Wenn Keller nachher sagt: »Je enger der Kreis der Gemeinschaft wird, desto eher wird in Wahrheit oder scheinbar gewöhnliches Eigenthum der juristischen Person, welche jene Gemeinschaft bildet, stattfinden und sonach die Eigenschaft einer dem Verkehr entzogenen Sache aufhören«, so spielt hier unverkennbar der Gedanke, jede res extra commercium sei objectiv des Eigenthums unfähig, mit dem Gedan-

einfachen Hinweisung auf deren Nennung als verkehrsunfähige Sachen für ausgemacht halten. Gewiss wird man zugeben, dass, wenn das Eigenthum überhaupt der Natur einer Sache widerstrebt, dann auch das Staatseigenthum undenkbar ist, und insofern kann man mit Ihering (der Streit etc., p. 41) übereinstimmen: „Diese Unverträglichkeit ist dem Staat gegenüber nicht minder vorhanden als den Einzelnen gegenüber“; allein umgekehrt darf auch behauptet werden, dass der Staat nicht schlechter gestellt ist als die Einzelnen, daher, weil die Extracommerciumqualität nicht durchaus das (alte) Privateigenthum ausschliesst, auch die Möglichkeit des Staatseigenthums an res extra commercium nicht schlechthin geleugnet werden darf.

Die Unverträglichkeit des Eigenthums mit res publicæ s. s. im Besondern aber aus deren Bestimmung zum öffentlichen Gebrauch abzuleiten, ist Ihering auch nicht gelungen. Zunächst ist auffallend, dass er in seiner ganzen Deduction durchaus von einem a priori vorhandenen Gemeingebrauch ausgeht und sich nun fragt, ob hinter diesem Recht des allgemeinen Gebrauchs noch das einer andern „Sphäre menschlicher Berechtigung“ angehörende Recht des exclusiven Gebrauchs, das Privateigenthum, einen Platz finden könne, während es sich doch darum handelt, ob der

ken an die subjective Unfähigkeit einer grösseren Gemeinschaft, überhaupt Eigenthümerin zu sein, zusammen. — Dass, was zur allgemeinen Benutzung bestimmt gewesen, Allen gehört habe, ohne dass die Gesamtheit als eine bestimmte ideale oder juristische Person aufgefasst worden sei, glaubt auch Hesse, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 7, p. 183, Anm. 8. Vgl. Weiske, Rechtslexicon, Bd. 10, p. 235 (Heimbach sen. nach Elvers, Servitutenlehre). Uebrigens vgl. auch noch Ihering, Geist des röm. Rechts, Bd. 3, p. 334 ff.

X
X
an einer Sache eintretende Gemeingebrauch, falls diese bis jetzt im Staatseigenthum stand, durchaus das bisherige Eigenthum verdrängen müsse. Sodann findet Ihering, dass das Bestehen eines Eigenthums hinter dem usus publicus entweder ganz müssig wäre, falls dadurch dem Staat nur die (ihm sonst schon zustehende) Ueberwachung des Gemeingebrauchs verschafft werden wollte, oder dann sehr kleinlich, falls ihm die neben dem Gemeingebrauch noch etwa abfallenden geringen Nutzungen (z. B. bei öffentlichen Gartenanlagen das Gras und die abgehenden Bäume) sollten zugewendet werden. Immerhin will Ihering heutzutage das Schaffen eines besondern Rechts des Staats verstaten (wie er dasselbe rechtlich construiren und charakterisiren will, sagt er nicht¹⁾), nur aber „zur juristischen Structur desselben den Eigenthumsbegriff nicht verwenden“, weil 1) der Eigenthumsbegriff bei den res extra commercium überhaupt ausgeschlossen sei (dies ist bereits widerlegt worden), 2) und 3) es „eine völlige Umkehrung des wirklichen Sachverhalts“ und eine „Entstellung des Eigenthumsbegriffs“ wäre, wenn hier, wo „die reale Brauchbarkeit der Sachen in dem Gemeingebrauch so gut wie aufgeht“, wo das Eigenthum daher „von vornherein nicht sowohl dem Eigenthümer als einem Andern zu dienen bestimmt“ wäre, von Eigenthum geredet würde. „Das Eigenthum des Staats oder der

¹⁾ Das Hoheits- oder Polizeirecht, von dem Keller (Rechtsgutachten, p. 8, und Erwiderung, p. 7) redet, kann Ihering nicht meinen, da dieses Souveränitätsrecht nach eigenem Zugeben (p. 40) der Staatsregierung sonst schon zusteht als der »Vertreterin der Interessen der Gesammtheit«, und überdiess nicht einzusehen ist, wie die Aneignung des Grasses und anderer kleiner Nutzungen mit der Aufgabe des Staats, die Interessen der Gesammtheit hinsichtlich des usus publicus zu wahren, zusammenhängen möchte.

Stadt an den *res publicæ*“, sagt Ihering, „ist nur die Rückseite des Gemeingebrauchs — steht letzterer den Angehörigen des Staats zu, so schreiben wir dem Staat, steht er den Einwohnern einer Stadt zu, so schreiben wir der Stadt das Eigenthum an den betreffenden *res publicæ* zu. Beides — Gemeingebrauch und Eigenthum — sind ungetrennt und gehen in dem Maasse Hand in Hand mit einander, dass das blosse Dasein der *res publica* als solches mit Nothwendigkeit jene Beziehung derselben zu dem betreffenden Staat in sich schliesst, der man den Namen Eigenthum gegeben hat.“ So bleibt es denn nicht aus, dass Ihering¹⁾ ein Miteigenthum zweier Staaten an *res publicæ* ohne Vorhandensein eines beiderlei Staatsangehörigen gemeinschaftlichen *usus publicus* für ein „Unding“, eine ihm „geradezu unfassbare Idee“ erklärt²⁾. Schon Dern-

1) Gegenüber Rüttimann, Gutachten betreffend die Basler Festungswerke (1859). Derselbe, Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Basler Festungswerke (1860).

2) Damit, dass man »meinen Vater, der sich einen Mitvater hätte zur Seite stellen wollen, würde für toll erklärt haben«, indem »bei der Vaterschaft die Theilung ein Unding« ist, wird sich wohl Jedermann unbedenklich befreunden; nur sieht man das *tertium comparationis* (Vaterschaft und Eigenthum?) und daher überhaupt den Werth dieser Anführung nicht ein. Was den ferner herbeigezogenen Vergleich betrifft zwischen der Bestellung eines Miteigenthümers an einer *res publica s. s.* und der Bestellung eines Miteigenthümers an den am Baum hängenden Aepfeln, nicht aber am Baum selbst, so ist derselbe um nichts glücklicher gewählt. Aus der citirten L. 40 de act. emti 19, 1, die ausspricht, man könne durch Kauf nicht Eigenthümer bloss der auf einem Grundstück stehenden Bäume werden, *cum arborum, quæ in fundo continentur, non sit separatum corpus a fundo*, lässt sich sicher folgern, man könne durch Kauf auch nicht Eigenthum bloss an den mit dem Baum noch zusammenhängenden Aepfeln erwerben und ebenso wenig Miteigenthum; aber wieder geht das die Frage nach der Möglichkeit von Miteigenthum

burg¹⁾ hat darauf hingewiesen, dass es sehr gleichgültig für den Begriff des Eigenthums ist, wie gross oder wie klein die Detailbefugnisse des Eigenthümers sind. Liegt ja doch im Begriff des Eigenthums nur die Möglichkeit der unumschränkten rechtlichen Herrschaft über die Sache, und kommt es doch hauptsächlich nur darauf an, dass beim Wegfallen etwaiger Beschränkungen von selber die ganze Fülle und Freiheit der bisher beengten Herrschaft wiederkehrt. Warum soll der Staat nun z. B. dadurch, dass er ein fiscalisches Stück Land zu einer Gartenanlage umwandelt und dem Publicum eröffnet, sein Grundeigenthum verlieren? Und, wenn dies wirklich der Fall wäre, wie erklärt es sich dann, dass er jeden Augenblick die Anlage wieder seinen fiscalischen Zwecken dienstbar machen, z. B. dem Publicum verschliessen, parcelliren und die Parcellen als Bauplätze ver-

an einer res publica s. s. nichts an: In Iherings Beispiel handelt es sich um Begründung von Miteigenthum an einem ungetrennten körperlichen Theil eines Ganzen, und überdies müsste doch wohl eher, wenn überhaupt die Vergleichung irgendwie zuträfe, der Baum mit der res publica, das Verkaufen der Früchte mit dem Ueberlassen des Genusses der res publica an einen andern Staat in Parallele gestellt werden. — Im Basler Festungsstreit handelt es sich übrigens nicht um Aufnahme eines »Compagnons« in's Eigenthum durch den bisherigen Alleineigenthümer, sondern um eine staatsrechtliche Erbschaft, in welche auch Baselland eingetreten ist, indem es mit Baselstadt die Persönlichkeit des aufgelösten (ungetheilten) Kantons Basel fortsetzt. — Hiermit ist freilich nur im Allgemeinen die Gedenkbarkeit eines Miteigenthums von Baselland an den res publicæ s. s. des frühern Kantons Basel hingestellt, über die Berechtigung specieller Ansprüche musste das frühere schiedsrichterliche Urtheil die Entscheidung geben; dessen Interpretation interessirt uns hier nicht.

¹⁾ Dernburg, Rechtsgutachten — bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel (1862).

kaufen kann? Kein Mensch zweifelt an der Berechtigung des Staats hiezu: Der Staat verkauft, was ihm eigenthümlich angehört, nicht anders, als wenn irgend ein Private sein Land veräussert. Ist dieses Eigenthum dem Staat urplötzlich erwachsen in dem Moment, wo er die Anlage abspernte und seine Hand darüber schlug? Man sagt vielleicht: Der Vorgang ist ein ganz natürlicher. Mit dem Moment, wo die Anlage dem *usus publicus* entzogen wird, tritt sie wieder ins *commercium* ein, und der Staat, welcher die jetzt ganz einfach als herrenlos sich darstellende Sache in Besitz nimmt, erwirbt als erster Occupant deren Eigenthum. — Gesetzt nun aber den Fall, der Staat beschliesse einfach: Die Anlage ist dem *usus publicus* entzogen, schlage aber nicht gleichzeitig seine Hand darüber und werde von einem Privaten mit Vornahme der ersten Besitzeshandlung an der herrenlosen Sache überflügelt — wie dann? Wird man diesen Privaten als Eigenthümer anerkennen? Gewiss niemals. — Auch mit einem Wiederaufwachen des vor der Verwendung zum *usus publicus* vorhanden gewesenen Eigenthums kann man sich nicht helfen; das würde ein blosses Schlummern des Eigenthums voraussetzen, und ein solches verwirft Keller selbst, der die Eigenthumsunfähigkeit der *res publicæ* s. s. behauptet, gegenüber Rüttimann mit viel Entschiedenheit ¹⁾. Ein schlummerndes Eigenthum heisst nichts weiter als ein mit gewissen Einschränkungen [der

¹⁾ Dass übrigens Keller die Idee eines schlummernden Eigenthums doch nicht so fremd ist, wie man aus seiner Verurtheilung eines solchen »gekünstelten Gebildes« schliessen möchte, zeigt § 139 seiner Pandecten, wo er ein schlummerndes Eigenthum an den durch *inædificatio* verbauten Materialien annimmt. S. auch: Der Rechtsstreit über die Basler Festungswerke, herausgegeben auf Anordnung der hohen Regierung des Cantons Baselstadt (1862), p. 58.

Ausübung fortbestehendes Eigenthum. So bleibt denn keine andere Wahl, als entweder ein durch die Hingabe in den *usus publicus* bewirktes Untergehen und durch den Entzug aus dem *usus publicus* von selbst sich vollziehendes Neuentstehen des Staatseigenthums ohne Scrupel hinzunehmen, oder statt dieses sonderbaren Vorgangs an das Natürliche sich zu halten, dass nämlich das Staatseigenthum gar nie untergegangen.

Wie sehr wenig Eigenthümliches und Ungereimtes die Römer darin sehen, eine Sache dem Gemeingebrauch dienen und zugleich im Privateigenthum stehen zu lassen, zeigt ein Blick auf die Quellenaussprüche über verschiedene Rechtsverhältnisse dieser Art.

Von den Flussufern heisst es ausdrücklich, dass daran, weil sie zum Gebrauch des Flusses unentbehrlich sind, ebenfalls (wie am Fluss selbst) ein *usus publicus* stattfindet, dass sie aber hinsichtlich des Eigenthums unverändert bleiben. L. 5 pr. de D. R. 1, 8: *Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis — sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent, qua de causa arbores quoque in iisdem natæ eorundem sunt.* Ebenso § 4 J. de R. D. 2, 1. L. 30, § 1 de a. r. d. 41, 1: *Celsus filius, si in ripa fluminis, quæ secundum agrum meum sit, arbor nata sit, meum esse ait, quia solum ipsum meum privatum est, usus autem ejus publicus intelligitur.* L. 15 eod.: *Qui [autem] in ripa fluminis ædificat, non suum facit.* Denkt man hier an denjenigen, welcher Eigenthümer des anliegenden Grundstücks ist, so wird man in der Stelle allerdings das Gegentheil von dem, was zu beweisen ist, finden. Allein da in der unmittelbar vorangehenden L. 14 pr. von jedem Beliebigen (*quis*), der aufs Meeresufer baut, gesagt ist, er erwerbe dadurch Eigen-

thum, so ist in L. 15 nicht gerade an den Anlieger, sondern einen beliebigen Dritten, der aufs Flussufer baut, zu denken, und stillschweigend ist dann verstanden, dass statt des Bauenden eben der Anlieger, dem das Ufer gehört, Eigenthümer auch des Gebauten wird. Wenn Paullus in L. 3 de flumin. 43, 12 sagt: Flumina publica, quæ fluunt, ripæque eorum publicæ sunt, ferner in L. 65, § 1 de a. r. d. 41, 1: — ripæ flumini et litora mari proxima publica sunt, non secus atque in continenti agro idem juris est, so liegt es nahe, eine von der bis jetzt constatirten abweichende Ansicht anzunehmen; denn in der letztangeführten Stelle deutet die Zusammenstellung der ripæ mit den unbestritten in Niemandes Eigenthum stehenden litora¹⁾ und die ausdrückliche, mit imo eingeleitete Verneinung des Satzes: Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est, sehr darauf hin; jedoch ist immerhin denkbar, dass Paullus nur um des daran stattfindenden usus publicus willen die ripæ publicæ genannt hat, ohne damit über die Eigenthumsfrage irgend wie entscheiden zu wollen. Selbst eine wirkliche Meinungsverschiedenheit aber wäre, wie auch Dernburg (a. a. O. p. 11 in der Anm.) bemerkt, für den hier verfolgten Zweck unschädlich, da nur bewiesen werden soll, dass usus publicus und Eigenthum den Römern nicht als unvereinbar erscheinen, und dies durch die erstcitirten Stellen bereits genugsam geschehen ist.

In Betreff der Wege sagt L. 2, § 21 ne quid in l. p. 43, 8: Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est; non enim sicuti in privata via ita et in publica accipimus; viæ privatæ solum alienum est, jus tantum eundi

¹⁾ S. z. B. L. 14 cit. de a. r. d. 41; 1, § 5 J. de R. D. 2, 1; L. 6 pr.; L. 10 de D. R. 1, 8; L. 1, § 18 de operis n. n. 39, 1.

et agendi nobis competit, viæ autem publicæ solum publicum est. Fassen wir das publicum gegenüber dem alienum und privatum auch nur ganz negativ¹⁾, so geht aus der Stelle doch jedenfalls soviel hervor, dass es Privatwege gibt, die, im Eigenthum von Privaten stehend, dem usus publicus dienen. Dies wird durch § 23 eod. bestätigt: Privatae viæ dupliciter accipi possunt, vel hæ, quæ sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hæ, quæ ad agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, und durch § 22 eod.: Vicinales sunt viæ, quæ in vicis sunt, vel quæ in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt; quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. Es gibt keine rechtliche Wegeklasse: Vicinalwege, sondern bloss öffentliche und private Wege; die Vicinalwege sind theils öffentliche, theils private: öffentliche dann, wenn sie nicht aus Privatboden bestehen (ex collatione privatorum iter constitutum ist ein aus Bodenbeiträgen von Privaten zusammengeschossener und dem Eigenthum nach in dieser Privaten Händen gebliebener Weg); private dann, wenn sie aus Privatboden bestehen. Der Schlusssatz dieses §: has ergo, quæ post consularem (scil. viam; via consularis, militaris, prætoria, βασιλική, auch regalis — bei Siccus Flaccus — = Landstrasse, Heerstrasse) excipiunt in villas, vel in alias colonias ducentes (d. h. die von der Heerstrasse nach den seitwärts liegenden Ansiedlungen abführenden, Allen offen stehenden Privatwege)

¹⁾ »Dem Privateigenthum entzogen«; nehmen wir es positiv: »im Staatseigenthum stehend« (und ich glaube, diese Fassung ist nicht sehr gewagt), so ergibt sich: viæ publicæ dienen dem usus publicus und stehen dennoch im Staatseigenthum. Vgl. auch Puchta, civilistische Abhandlungen »über die Wegservituten«, p. 86 ff.

putem etiam ipsas publicas esse, kann dem vorigen Zugeständniss gegenüber nicht anders verstanden werden, als dass man diese (dem Eigenthum nach) privaten Wege mit Beziehung auf den daran stattfindenden usus publicus auch publicæ nennen könnte.¹⁾ Sehr deutlich wird das Eigenthum des Staats überhaupt an den sog. loca publica im Sinn von L. 2, § 3 ne quid in l. p. 43, 8 (Labeo nennt hier als loca publica: areas [freie Plätze in einer Stadt; L. 211 de V. S. 50, 16], insulas [Gebäude, besonders freistehende], agros, vias publicas itineraque publica, immer vorausgesetzt, dass diese Sachen in usu publico stehen) durch die Bestimmungen § 17 eod., dem in loco publico erbauten, den usus publicus nicht hindernden Gebäude solle, falls die Baute ohne Erlaubniss vorgenommen worden, ein solarium auferlegt werden, was auf ein superficiarisches Verhältniss hindeutet. Zu bemerken ist auch noch die Ausdrucksweise der L. 15, § 6 de damno inf. 39, 2: Si quid in via publica fiat, quia in alieno fit, satisfaciendum est.

Da nach diesen Anführungen die römischen Quellen mehrfach in concreto gegen den nothwendigen Ausschluss des Eigenthums durch den usus publicus sprechen, so ist klar, dass die Römer eine solche Nothwendigkeit überhaupt nicht eingesehen haben. Wenn ein reicher Privatmann den Bürgern Roms seine Gärten öffnete, wird wohl Niemand auf den Gedanken gekommen sein, dass derselbe sich damit leichtsinnigerweise seines Eigenthums begeben habe. Und beim Staat sollte das anders sein? Damit hat sich die römische Anschauung sicher nie befreundet.

Beschränkt allerdings ist dieses Eigenthum durch den

¹⁾ So auch Pothier, Pandectæ Justinianæ. Parisiis, 1818.

vom Staat selbst geschaffenen (und auch beliebig wieder aufzuhebenden) *usus publicus*, dessen Ueberwachung und Aufrechthaltung ihm einmal schon kraft seines Eigenthums, sodann kraft seiner Polizeihochheit zusteht. Zu Hülfe kommen dem Staat in dieser Ueberwachung die Gebrauchsberechtigten selbst, die Staatsbürger, mit den aus ihrer Berechtigung fließenden Klagen, den *actiones populares*. Von diesen *cuilibet (cuius) ex populo*¹⁾ *jure civitatis*²⁾ (kraft seines Staatsbürgerrechts) zustehenden, mit den für Privatverhältnisse gegebenen Interdicten³⁾ auf gleiche Linie gesetzten Popularklagen⁴⁾ heisst es in L. 1 de pop. act. 47, 23: *Eam popularem actionem dicimus, quæ suum jus populi tuetur*, und in L. 2, § 44 ne quid in l. p. 43, 8 von dem *interdictum popolare*, das gegen Verschlechterung eines öffentlichen Wegs zusteht: *pertinet enim ad publicam utilitatem*. L. 4 de op. n. n. 39, 1 sagt: — *nam reipublicæ interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admittere*. Indem die Popularklagen Jedem, nicht blos, wie andere Klagen, dem in seinem Interesse direct Geschädigten oder Bedrohten zustehen⁵⁾, dienen sie in hohem Grade zum Schutze der gemein-

1) L. 2, § 2 ne quid in l. p. 43, 8: — *tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet*. L. 1 de loc. et it. p. 43, 7; L. 3, § 4 de operis n. n. 39, 1. Einige Beschränkungen enthalten L. 4 und L. 6 de pop. act. 47, 23.

2) L. 2, § 2 cit. ne quid in l. p. 43, 8.

3) L. 14 de injur. 47, 10: — *ad privatas enim causas accommodata interdicta sunt, non ad publicas*.

4) Solche sind z. B. die Interdicte in L. 1, § 20, § 35 ne quid in l. p. 43, 8. Auch die *operis novi nuntiatio* wird als Popularklage benutzt; L. 3, § 4 cit. h. t.

5) Eine Bevorzugung des Geschädigten tritt nur insofern ein, als der, *cujus interest*, vorgezogen wird, wenn Mehrere zugleich klagen (L. 3, § 1 de pop. act. 47, 23) und auch, während sonst bei

nen Gebrauchsfähigkeit. Ausserdem gibt es noch bloss dem Geschädigten resp. Bedrohten zustehende Klagen wegen res publicæ s. s. betreffender Vornahmen, und auch diese werden mit Rücksicht auf den öffentlichen Nutzen gegeben ¹⁾. So übt denn das Publicum allerdings grossentheils selbst die Controle über den gemeinen Gebrauch. ²⁾ Was jetzt durch ein ausgedehntes Polizeisystem mit Staatsangestellten angestrebt wird, das besorgten in Rom alle einzelnen Staatsbürger.

Gegenüber dieser Beschränkung des Eigenthums durch den stattfindenden usus publicus steht aber anderseits eine Vervollkommnung. Eben um des usus publicus willen, welcher den Bürgern nicht wider den Willen des Staats geschmälert oder gar entzogen werden soll, sind näm-

actiones populares der Kläger keinen procurator stellen darf (L. 5 eod.) quasi privatæ actionis procuratorem dare potest (L. 42 pr. de procur. 3, 3; L. 6 ne quid in l. p. 43, 8).

¹⁾ Z. B. L. 2 pr. ne quid in l. p. 43, 8 (von diesem Interdict sagt § 2 eod.: Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur).

²⁾ Vgl. Endemann, das ländliche Wasserrecht. 1862 (eine vortreffliche, mit steter Zugrundelegung der römischen Principien verbundene Uebersicht über das kurhessische Wasserrecht), p. 31, 53, 54. — Dass aber der Staat nicht blos auf die von einem Bürger angeregte Klage hin schützend einschreitet, sondern auch ganz von sich aus, wird in verschiedenen Stellen ausgesprochen. So sagt L. 2, § 17 ne quid in l. p. 43, 8: Si quis nemine prohibente in publico ædificaverit, — si obstat id ædificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debeat id deponere. § 25 eod.: Si viæ publicæ exemptus commeatus sit, vel via coarctata, interveniunt magistratus. L. un. de via publica 43, 10. Paulli rec. sent. (ed. Huschke). V, t 6, 2: [Ut] interdictum [ita et actio; mit Recht erklärt Huschke diese Worte für fugitiv] proponitur, ne quis via publica aliquem prohibeat, cujus rei sollicitudo ad viarum curatores pertinet.

lich die *res publicæ s. s.* für *extra commercium* stehend erklärt. Dies ist hier so zu verstehen, dass diese Sachen von Niemandem als vom Staat selbst zum Gegenstand von Rechtsgeschäften irgend welcher Art sollen gemacht werden können; damit ist ausgeschlossen, dass sie den Gegenstand eines Vertrags oder einer letztwilligen Verfügung von Privaten bilden ¹⁾, ganz besonders aber, dass irgend eine Acquisitivverjährung an ihnen vollzogen wird ²⁾. Diese Sicherstellung des Eigenthums hebt den Eigenthumsbegriff so wenig auf, als dies z. B. bei *res in patrimonio fisci*, *res furtivæ*, *res vi possessæ*, unbeweglichen Sachen Minderjähriger, Dotalgrundstücken etc. desswegen der Fall ist, weil dort die ordentliche Eigenthumersitzung ausgeschlossen ist.

Eine Frage, die ich in dem Streit über das Eigenthum an *res publicæ s. s.* nicht berührt finde, ist die, ob das Fortbestehen von *jura in re aliena* mit der Hingabe einer Sache in den *usus publicus* vereinbar sei oder nicht. Ihering würde dies wohl verneinen müssen, da er nur diejenige Form der rechtlichen Unterwerfung solcher Sachen anerkennt, die in einem allgemeinen, nicht diejenige, die

¹⁾ § 2 J. de inut. stip. 3, 19. § 5 J. de emtione 3, 23. L. 6; L. 34, § 1 de contr. emt. 18, 1. L. 39, § 9—10 de legat. I. L. 83, § 5; L. 137, § 6 de V. O. 45, 1.

²⁾ L. 9 de usurp. et usue. 41, 3: *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus.* L. 45 eod. L. 2 Cod. de rei domin. 7, 38. L. 6 Cod. de oper. publ. 8, 11. S. auch Frontinus, de aquæductibus (Ausg. v. Keuchenius) p. 269—270. L. 9 Cod. de aquæd. 11, 43. Die beiden letztangeführten Codexstellen richten sich namentlich gegen die Ersitzung von Nutzungsrechten. Dagegen spricht nicht L. 7 de div. temp. præscr. 44, 3 (deren nähere Betrachtung übrigens in einen spätern Zusammenhang gehört), wie L. 45 pr. de usurp. et usuc. 41, 3 beweist.

in einem exclusiven Gebrauchsrecht sich äussert. Ebenso Arndts¹⁾, welcher den Inhalt der Verkehrsunfähigkeit darin sucht, dass den betreffenden Sachen die Fähigkeit mangle, „Gegenstand von Rechten der Privatpersonen und daher Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs zu sein“. Vom bisher vertheidigten Standpunkt aus muss man dagegen sich dahin entscheiden, dass das Fortbestehen solcher dinglichen Rechte durch den allgemeinen Begriff der Verkehrsunfähigkeit nicht ausgeschlossen ist. Dagegen ist zuzugeben, dass mit dem usus publicus gewisse dingliche Rechte unmöglich zusammen fortbestehen können. Wenn auch das Eigenthum selbst in dem Fall, wo zufolge des stattfindenden usus publicus keine einzige Bethätigung desselben eintreten kann, begrifflich keinen Schaden nimmt, so ist das anders bei dem auf eine oder einige bestimmte Bethätigungen beschränkten jus in re, welches nur um dieser bestimmten Bethätigungen willen geschaffen und hinsichtlich seiner Fortexistenz ganz davon abhängig ist, ob die Möglichkeit jener Benutzung erhalten bleibt oder nicht. Diejenigen jura in re daher, deren Ausübung entweder den usus publicus verhindern oder dann gänzlich unterbleiben müsste (man denke z. B. an eine superficies, eine emphyteusis, einen usufructus, ein Weiderecht am Boden einer öffentlichen Strasse), können offenbar nicht fortbestehen; natürlicherweise aber hat der Staat die Berechtigten für den Wegfall ihres Rechts zu entschädigen, sei es nun, dass die zur res publica s. s. gemachte Sache schon vorher Staatseigenthum gewesen oder erst jetzt durch freiwillige oder zwangsweise²⁾ Enteignung

¹⁾ Arndts, Pandecten, § 49.

²⁾ Dass den Römern die Expropriation zu Gunsten öffentlicher Zwecke nicht unbekannt war, sehen wir aus verschiedenen Andeu-

dazu geworden ist. Andererseits ist nun aber gar kein Grund einzusehen, warum diejenigen Rechte, welche den *usus publicus* in keiner Weise beeinträchtigen, um seinetwillen fallen sollen. So gut es von dem zu Fiskaleigenthum gemachten Privatgrundstück in L. 23, § 2 de servit. pr. r. 8, 3 heisst: *Si fundus serviens, vel is, cui servitus debetur, publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua conditione quisque fundus publicatur*, ebenso gut muss der Fortbestand der Servituten und sonstigen dinglichen Rechte auch bei der Umwandlung eines Privatgrundstücks in eine *res publica s. s.* oder einer *res fisci* in eine *res publica s. s.* insofern angenommen werden, als die Ausübung derselben mit dem *usus publicus* vereinbar ist. Dass die Römer solche unschädliche Rechte wegen der Hingabe der belasteten Sache in den *usus publicus* als aufgehoben zu betrachten keine Veranlassung werden gefunden haben, wird

tungen der Quellen. So sagt L. 14, § 1 quemadm. servit. 8, 6: *Quum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam præstare debet*. Dass Expropriation zur Anlegung von Strassen stattgefunden habe, scheint mir auch aus dem Schlusssatz von L. 2, § 21 ne quid in l. p. 43, 8 hervorzugehen: — *relictum ad (ac?) directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur*. Ich glaube nicht, dass *publicare* hier blos den Sinn: »aus einer *res fisci* zu einer *res publica s. s.* machen« habe; der gewöhnliche Sinn von *publicare* ist: aus Privateigenthum zu Staatseigenthum machen (L. 23, § 1 de servit. pr. r. 8, 3; L. 33 locati 19, 2; daher *publicatio* = Confiscation; L. 65, § 12 pro socio 17, 2). Puchta, civilist. Abhandl. p. 86, nimmt blos die erste Bedeutung an; richtig ist wohl, dass es in der Stelle in dem angegebenen doppelten Sinn gebraucht ist. — Von Expropriation für anzulegende öffentliche Aquæducte redet mehrfach Frontinus (a. a. O.). Dieser Curator aquarum, dem wir eine ausführliche Besprechung der Wasserversorgung der Stadt Rom verdanken, führt (p. 259) ein SC. an, wonach zur Wiederinstandsetzung der öffentlichen Leitungen *ex agris privato-*

durch L. 14, § 2 de servit. 8, 1 unterstützt: Publico loco interveniente, vel via publica, haustus servitus imponi potest, aquæductus non potest; a Principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. Sacri et religiosi loci interventus etiam itineris servitutum impedit, quum servitus per ea loca nulli deberi potest. Es ist nämlich römischer Grundsatz, dass Prädialservituten räumlich nicht unterbrochen sein dürfen, sondern zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück eine fortlaufende Servitutenverbindung über die zwischenliegenden Grundstücke hin hergestellt sein muss. Nach der Stelle nun macht ein locus publicus interveniens keine Unterbrechung im Zusammenhang der für die servitus haustus nöthigen Wegservitut; denn da das Gehen den usus publicus nicht hindert und schon jure civitatis jeder Bürger über den locus publicus (z. B. die via publica) gehen kann, so bildet dieser

rum Erde, Schlamm, Steine, Sand etc. viri boni arbitrato aestimata sollten entnommen werden können (bemerkenwerth ist die ausdrückliche Erwähnung der Entschädigung). Nachdem Fr. ferner ein SC. hat folgen lassen über den Abstand, in welchem Gebäude und Bäume von den durch Privatboden geführten öffentlichen Leitungen zu halten seien, fährt er fort: Posset hoc SC. æquissimum videri, etiamsi ex rei tantum publicæ utilitate ea spatia judicarentur, multo magis cum majores nostri admirabili æquitate (sonst) ne ea quidem eripuerunt privatis, quæ ad modum publicum pertinebant; sed cum aquas perducerent, si difficilior possessor in parte vendenda fuerat, pro toto agro pecuniam intulerunt, ac post determinata necessaria loca rursus eum agrum vendiderunt, ut in suis finibus proprium jus tam Res publica quam privata haberet. Bei aller Heilighaltung des Privateigenthums und überhaupt der besondern Rechtssphäre des freien Individuums, die man dem R. R. nachrühmt, hatte dasselbe den Grundsatz der Unverletzlichkeit also in dieser Richtung doch bereits mehrfach durchbrochen, und zwar, wie das majores nostri zeigt, schon in früher Zeit.

gleichsam die Fortsetzung der Wegservitut ¹⁾). Die servitus aquæductus dagegen wird durch die Dazwischenkunft eines locus publicus unmöglich gemacht, weil das Legen einer Wasserleitung dem usus publicus hinderlich und das Recht dazu jedenfalls nicht schon im Recht der Theilnahme am usus publicus enthalten ist ²⁾); zu dergleichen Vornahmen ist daher besondere Gestattung erforderlich. Der locus sacer und religiosus endlich hindert sogar die Wegservitut, weil die res divinæ überhaupt nicht als Objecte irgend welcher Berechtigungen gedacht werden können. Aus dem Schlusssatz: quum servitus per ea loca nulli deberi potest, folgt denn auch, dass der als Mittelglied einer Wegservitut benutzte locus publicus nicht blos als jure civitatis von dem jeweiligen Inhaber der Wegservitut benutzt, sondern als quasi serviens erscheint; würde das Verhältniss nicht so gedacht, so wäre ja kein Servitutenzusammenhang, wobei eine Servitut an die andere bis zum herrschenden Grundstück hin sich anreihen muss, vorhanden. So gewiss aber die Römer keine Schwierigkeit darin gefunden haben, solche mit dem Antheil am usus publicus zusammenfallende Rechte sich nöthigenfalls als Servituten zu denken, so gewiss und noch viel sicherer läuft es ihnen nicht wider den juristischen Verstand, zur Zeit des eintretenden usus publicus bereits bestehende Servituten, sofern sie den usus publicus

¹⁾ L. 2, § 2 cit. ne quid in l. p. 43, 8: — Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt.

²⁾ Vgl. auch noch L. 1 pr. de servit. pr. urb. 8, 2: Si intercedat solum publicum, vel via publica, neque itineris actusve, neque altius tollendi servitutes impedit, sed immittendi, protegendi, projiciendi, item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit, quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet. L. 38 de serv. pr. r. 8, 3. L. 17, § 2—3 de aqua et a. pl. a. 39, 3.

nicht hindern, fortbestehen zu lassen, sogar dann, wenn dieselben auf etwas Anderes gehen, als das was schon *jure civitatis* geschehen dürfte.¹⁾

Analog den Rechten an *res publicæ s. s.* werden auch *jura* an im Privateigenthum und zugleich im *usus publicus* befindlichen Sachen (z. B. an Flussufern) zu beurtheilen sein; denn, wie bisher betont, nicht das Vorhandensein oder Fehlen der Verkehrsfähigkeit, sondern die eigenthümlichen Anforderungen des *usus publicus* entscheiden über die Möglichkeit der Fortdauer solcher Rechte. —

Ganz dasselbe, was hier von den *res populi Romani*, die der Staat dem *usus publicus* hingegeben, gesagt worden ist, gilt auch von den *res civitatum*, die dem Gemeingebräuch dienen. Auch bei ihnen wird durch den Gemeingebräuch das Eigenthum überhaupt nicht, ein *jus in re* wenigstens nicht absolut ausgeschlossen; sie unterstehen der Disposition und Ueberwachung der Gemeinde als Eigenthümerin, den Popularklagen ähnliche Rechtsmittel müssen, zur Unterstützung dieses Schutzes dienend, den Gemeindebürgern gegeben sein²⁾; die Verkehrsfähigkeit mangelt ihnen im selben

¹⁾ Man denke sich z. B., dass Jemand durch ein Grundstück *jure servitutis* eine unterirdische Wasserleitung geführt hat; dieses Grundstück wird zum Theil einer öffentlichen Strasse gemacht; die unterirdische Wasserleitung nun könnte allerdings nicht *jure civitatis* jetzt unter der Strasse neu angelegt werden; die einmal angelegte aber bleibt dessenungeachtet *jure servitutis* bestehen, weil sie den *usus publicus* nicht hindert, der positive Grund ihres Wegfalls also mangelt.

²⁾ Obschon dies nirgends ausdrücklich ausgesprochen ist, darf man darauf doch aus der Natur der Sache und der häufigen Zusammenstellung von *res populi* und *civitatum* als *res publicæ* schliessen. Vielleicht sind die auf den weitem Kreis des Staates berechneten Rechtsmittel (die *interdicta popularia*, *actiones popu-*

Sinn, wie den *res populi Romani*, nur dass (bei den *res publicæ civitatum*) die *civitas* allein die Gegenstände des gemeinen Gebrauchs zum Gegenstand von Rechtsgeschäften machen kann, statt wie bei den Staatssachen der Staat.¹⁾ Wollte man diesen Sachen der *civitates* die Eigenthumsqualität absprechen, so müsste man entweder jede Befugniss der letztern, über deren Benutzung ein Wort mitzureden, leugnen, oder aber den *civitates* ein eigenthümliches Hoheitsrecht, kraft dessen ihnen die Disposition über sie zustände, vindiciren; Verlegenheit dürfte hiebei aber schon die Frage bereiten, wo jener sich denn eigentlich herleite, etwa aus dem Umstand, dass die betreffenden Sachen sich innerhalb der Stadtgrenzen befinden, und warum diesfalls nicht alle solchen Sachen innerhalb des Stadtgebiets, z. B. alle Strassen, *res universitatis*, sondern manche davon *res publicæ* (im strengern Sinn: Staatssachen) seien und der Hoheit des Staats unterliegen. — Und die im Gemeingebrauch der Dorffangehörigen befindlichen Sachen der *vici*? Der Dorfbrunnen, die gemeinen Backöfen u. dgl.? Da die *vici* ohne allen öffentlichen Character sind, so kann nicht einmal mit einem Hoheitsrecht ausgeholfen werden. —

lares, und die sonstigen zum Schutz gegen schädliche Vornahmen an *res publicæ* s. s. dienenden Klagen) geradezu auch für die dem Gemeingebrauch hingegebenen Gemeindesachen zur Anwendung gekommen. — Ueber der Dispositionsfreiheit der *civitates* stehend aber muss man sich stets noch die vom Staat unzertrennliche, allgemeine Territorialhoheit denken, welche wieder die Ueberwachung der Gemeinde überwacht.

¹⁾ Die allgemeine Entziehung der *res publicæ*, quæ in publico usu habentur (L. 6 pr. de contr. emt. 18, 1) aus dem commercium muss auch für sie verstanden werden. Der Usucapion sind die *res civitatis* in L. 9 de usurp. et usuc. 41, 3 ausdrücklich entzogen.

Ist bis jetzt die Ansicht bekämpft worden, dass durch den Begriff einer *res publica s. s.* (sei es um des Begriffs der Verkehrsunfähigkeit, sei es im Besondern um des daran stattfindenden *usus publicus* willen) das Eigenthum ausgeschlossen sei, so muss nun anderseits geprüft werden, ob mit dem Begriff einer *res publica* das Eigenthum des Staats (resp. einer *civitas*) nothwendig verbunden sei, eine Meinung, welche z. B. von Dernburg¹⁾ vertreten wird. Er beruft sich hiefür zunächst auf eine Stelle Ulpians, L. 1 pr. de interdict. 43, 1: Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. Et sciendum est, interdicta aut de divinis rebus, aut de humanis competere; divinis, ut de locis sacris, vel de locis religiosis; de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicujus, aut de his, quae nullius sunt. Quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis, ducendis interdicta competunt; quae sunt alicujus, haec sunt aut publica, aut singulorum; publica de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis; quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum Quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum Uti possidetis, de itinere actuque. Dernburg nimmt als unzweifelhaft an, dass in den Worten: quae sunt alicujus die Eigenthumsbeziehung ausgesprochen liege. Dem widerspricht nun erstens, dass esse alicujus überhaupt nicht immer auf

¹⁾ Dernburg, a. a. O., p. 9–18. Er führt für seine Ansicht beispielsweise an: Glück, Thibaut, Mühlenbruch, Göschen, Puchta, Arndts. (Von diesen dürfte übrigens Göschen nicht für Dernburgs Ansicht sein; der negativen Fassung, Pandecten Bd. 1, § 72, dass bei diesen Sachen durch die Bestimmung für den gemeinen Gebrauch der Begriff des Eigenthums nicht ausgeschlossen sei, kann die positive Fassung Dernburgs nicht gleichgestellt werden)

Eigenthum hinweist; so heisst es in L. 3 ne quid in l. p. 43, 8: Litora, in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror. Von den oben schon ¹⁾ gegen die Eigenthumsqualität der litora citirten Stellen seien hier nur die am deutlichsten sprechenden angeführt; § 5 J. de R. D. 2, 1 sagt: Litorum quoque usus publicus juris gentium est. — Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse. L. 14 pr. de a. r. d. 41, 1: — nam litora publica non ita sunt, ut ea, quæ in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quæ primum a natura prodita sunt, et in nullius adhuc dominium pervenerunt.²⁾ Auch unser deutsches „Einem gehören“ ist ein nichts weniger als sicheres Zeichen des Eigenthums; man denke an die Redensart, dass die Kinder den Eltern gehören, und ähnliche³⁾. Esse alicujus drückt oft nicht mehr aus als etwa: pertinere ad aliquem⁴⁾ d. h. irgend eine Beziehung, eine Zusammengehörigkeit. Gegen Dernburg spricht aber nicht nur im Allgemeinen die schwankende Bedeutung von esse alicujus (die Möglichkeit, dass gerade hier esse alicujus auf Eigenthum hinweise, könnte dabei immer noch geltend gemacht werden), sondern es lässt sich aus der Stelle selbst leicht er-

¹⁾ Vgl. p. 13, Anm. 1.

²⁾ Daher kann durch Bauen auf dem Meeresufer Bodeneigenthum erworben werden. S. L. 14 pr. cit.; L. 6 pr.; L. 10 de D. R. 1, 8; L. 1, § 18 de operis n. n. 39, 1; L. 2, § 8 ne quid in l. p 43, 8.

³⁾ Dem entsprechend werden ja auch die pronomina possessiva »mein«, »dein« u. s. w. gebraucht: Mein Vater, dein Vaterland etc.

⁴⁾ L. 181 de V. S. 50, 16: Verbum illud: pertinere, latissime patet; nam et iis rebus petendis aptum est, quæ domini nostri sunt, et iis, quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri domini; pertinere ad nos etiam ea dicimus, quæ in nulla eorum causa sunt, sed esse possint.

heben, dass gerade diesmal die Eigenthumsbeziehung dem esse alicujus unmöglich kann beigelegt werden. Zu diesem Zweck ist die Stelle etwas genauer zu betrachten. Zunächst werden die res divinæ und die darauf bezüglichen Interdicte ausgeschieden; bei den res humanæ (res hominum) hebt dann der Jurist zuerst die liberæ personæ heraus; diese werden nicht unter die res im Sinn von „Sachen“ gerechnet; denn Sache ist nur dasjenige, was bei körperlich selbständiger Existenz blos als Beherrschtes, als Object des Rechtswillens in Betracht kommt; liberæ personæ können zwar auch Gegenstand eines rechtlichen Willens sein, sind aber doch immer zugleich als Subjecte anerkannt. Daher kann res in der Stelle nur die weitere Bedeutung „Dinge“ haben und zwar körperliche Dinge (res corporales im Sinn von L. 1, § 1 de D. R. 1, 8: Quædam [præterea] res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæc sunt, quæ tangi possunt, velut fundus, homo¹⁾, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles). Wenn nun die Stelle sagt: Quæ sunt nullius, hæc sunt: liberæ personæ; quæ sunt alicujus, hæc sunt aut publica aut singulorum, so heisst das: Dinge, die nicht rein gegenständlich, die der Unterwerfung zu Objecten des menschlichen Willens moralisch unfähig sind, weil sie immer noch Subjecte bleiben müssen, sind die Personen, Dinge dagegen, die rein als Objecte in Betracht kommen, sind die Sachen. Dass manche derselben aus natürlichen (physischen) Gründen der Unterwerfung zu Objecten sich entziehen, ist hier indifferent. Die Sachen werden dann (vgl. auch Gaius in L. 1 pr. cit. de D. R. 1, 8) eingetheilt in res publicæ und res singulo-

¹⁾ Vgl. L. 9 de usurp. et usuc. 41, 3.

rum Danach hat *res publicæ* hier den Sinn, welchen wir Eingangs als den weitesten kennen gelernt haben: Sachen, die in keiner physischen Einzelperson Eigenthum sich befinden. Dass es von ihnen in L. 1 pr. cit. de D. R. 1, 8 im selben Athemzug heisst: *nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur*, scheint auf den ersten Blick ein eigenthümlicher Widerspruch, ist dies aber in der That nicht, wenn man nur nicht annimmt, die Worte wollen positiven Aufschluss über das Eigenthum an diesen Sachen geben, sondern anerkennt, dass sie einfach das Eigenthum einzelbestimmter physischer Personen negiren. Es wäre ja auch gar nicht möglich, alle Sachen, die nicht *res privatae* (*singulorum*) sind, ohne fernere Scheidung entweder für innerhalb oder dann für ausserhalb des Eigenthums stehend zu erklären. Denn dass z. B. die Luft oder eine derelinquirte Sache nicht im Eigenthum ist, wohl aber die *res publica*, quæ in patrimonio fisci habetur, bestreitet Niemand; sie alle aber sind unter *res publicæ* hier inbegriffen (nach L. 2 pr. eod.). Die Worte: *nullius in bonis esse creduntur* können daher nicht gegen, *ipsius enim universitatis esse creduntur* nicht für die Eigenthumsqualität ins Feld geführt werden¹⁾. Die L. 1 pr. cit. de interdict. 43, 1 aber, auf welche Dernburg vorzüglich sich stützt, sagt gar nichts weiter, als dass die *liberæ personæ* Subjecte, Personen, die *res publicæ* und die *res singulorum* Objecte, Sachen seien; sie stellt die *res publicæ* und die *res singulorum* einfach neben einander, ohne auch nur, wie die mehrfach citirte

¹⁾ Dass *universitas* hier nicht als bestimmte ideale oder juristische Person aufzufassen sei, kann man wohl sagen. Börner, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 38, p. 177 in der Anm. drückt sich aus: »Das *creduntur* deutet nur auf eine Analogie, eine Fiction.«

L. 1. pr. de D. R. 1, 8 thut, noch besonders den Eintheilungsgrund: Sachen im Eigenthum physischer Einzelpersonen und Sachen ausserhalb desselben, hervorzuheben.

Der von Dernburg ferner berufene § 6 J. de R. D. 2, 1: *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt theatra, stadia, et similia, si qua alia sunt communia civitatum.* § 7. *Nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae,* kann auch nicht beirren. Wir mögen zugeben, dass hier das „*universitatis sunt*“ bedeutet: sie stehen im Eigenthum der universitas (der Stadtgemeinde); denn von einem Hoheitsrechte der Gemeinde wird keine Rede sein. Für die *res publicae* überhaupt aber und im eigentlichen Sinn folgt daraus nichts.

Mehr Schein der Richtigkeit bekommt die Dernburgsche Ansicht durch die von ihm angeführte Institutionenstelle § 39 eod.: *Thesaurus, quos quis in suo loco invenerit, Divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. Et convenienter si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est, si quis in fiscali loco vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.* Da die eine Schatzhälfte dem dominus des Fundorts zugeschrieben wird und in Uebereinstimmung hiemit (*cui conveniens est*) dem Fiscus, falls der Schatz in fiscali loco vel publico gefunden wird, so scheint die Eigenthumsqualität der öffentlichen Sachen bewiesen. Dagegen möchte man vielleicht in erster Linie einwenden, dass in fiscali loco die Zusammenfassung von vel publico vel civitatis sei (die beiden letzten Worte hat Dernburg

ausgelassen), danach *fiscalis locus* hier die Bedeutung habe: *locus publicus, qui in pecunia populi vel civitatis est*, also von den *res publicæ, quæ in publico usu habentur*, hier überhaupt nicht die Rede sei. Man wird zugeben müssen, dass die Bezeichnung auch einer *res universitatis (civitatis)*, die nicht dem Gemeingebrauch, sondern der Stadtkasse zudient, als *res fiscalis* schon der Kürze halber sehr gedenkbar wäre. Nur allerdings ist dieser Gebrauch von *fiscalis* und *fiscus* nicht üblich, und gleich nachher (*dimidium fisci vel civitatis*) wird *fiscus* mit ausschliesslicher Beziehung auf die Staatskasse gebraucht (andernfalls müsste es wohl heissen: *dimidium fisci, vel publici vel civitatis*, oder bloß: *dimidium fisci*). Auch würde eine Bestimmung über den in *loco publico s. s.* gefundenen Schatz bei dieser Auslegungsweise fehlen, und doch wäre eine solche wenigstens für den Fall nöthig, wo es sich um einen wirklich im Staats- oder Gemeindeeigenthum befindlichen *locus publicus s. s.* handelt¹⁾. Aber auch, wenn man *Dernburg* zugesteht, dass in der Stelle nicht bloß von patrimonialen Sachen des Staats oder der Stadtgemeinden die Rede ist, so fehlt doch noch der Grund, das, was er mit der Stelle beweisen will, für bewiesen zu erklären. *Dernburg* glaubt, man könne nicht mit Fug entgegnen, der *locus publicus* gehöre Niemandem und desswegen nehme der Staat die Hälfte, die sonst nur dem Eigenthümer des Fundorts zufalle, für sich; denn weil der *locus sacer* und *religiosus* als *res nullius* betrachtet werde, so theile das Gesetz den hier gefundenen Schatz

¹⁾ Vielleicht auch ist *locus publicus* (man vergleiche die sehr einschränkende Definition *Labeos* in *L. 1, § 3 ne quid in l. p. 43, 8*) ohne Einschluss gerade derjenigen *res publicæ s. s.* gebraucht, deren Eigenthumsqualität wir läugnen.

vollständig dem Finder zu; das müsste aber eben so sein, wenn die *res publicæ s. s. nullius* wären. Diese Argumentation geht von der unrichtigen Unterstellung aus, dass mit den *res sacræ* und *religiosæ* die *res publicæ s. s.* vollkommen gleich behandelt werden müssen, sobald sich nur herausstelle, dass sie ebenfalls *nullius* seien. Es wird dabei jedenfalls nicht genügend beachtet, dass nach der althergebrachten römischen Anschauung die *res sacræ* und *religiosæ* dem menschlichen Recht ¹⁾, daher eigentlich auch der Beherrschung durch den Staat (als des menschlich gefügten Ganzen) entzogen sind, während alle *res humani juris* innerhalb der Grenzen des römischen Staats dem *imperium populi Romani* unterliegen. Kraft dieses *imperium* nun spricht Hadrian, ob mit Recht oder Unrecht, ist hier nicht zu erörtern, für den *Fiscus* die Hälfte des gefundenen Schatzes an, falls der Fundort *humani juris* ist, in keinem Privateigenthum (denn solchem gegenüber tritt der Anspruch des Staats zurück), auch nicht im Eigenthum des Staats selbst steht (denn hier macht der Staat seinen Anspruch einfach als Eigenthümer geltend) und wegen des daran stattfindenden Gemeingebrauchs unter die besondere Obhut des Staats genommen wird. Dass in der Stelle vom *dominus soli* die Rede ist, kann uns nicht irre machen; denn auch das *imperium* des Staats ist eine Art des *dominium*; man erinnere sich nur, dass *dominus* und *dominium* zur Bezeichnung irgend eines Herrschaftsrechts, welches nicht gerade das Eigenthum zu sein braucht, häufig verwendet werden ²⁾. An

¹⁾ Auf der Scheidung der *res divini juris* und *res humani juris* beruht die *summa rerum divisio* in L. 1 pr. cit. de D. R. 1, 8.

²⁾ L. 8 pr. de rebus auct. jud. poss. 42, 5: — *appellatione dominii fructuarius quoque continetur*. Vgl. auch L. 15, § 6; L. 72,

den in einer *res sacra* oder *religiosa* gefundenen Schatz dagegen wird vom *fiscus* kein Anspruch geltend gemacht; es scheint aber denn doch allmählig der Umstand, dass der Staat diesen Sachen gleich andern seinen Schutz angedeihen lässt¹⁾, der Ansicht Eingang verschafft zu haben, dass der Staat auch an ihnen eine gewisse Berechtigung ausüben dürfe; so erklärt es sich, dass die *fratres imperatores* Marcus Aurelius und Verus (L. 3, § 10 de jure fisci 49, 14) dem *Fiscus* die Hälfte auch des in *loco religioso* gefundenen Schatzes zuschreiben²⁾. Diese Bestimmung wird freilich von

de usufr. 7, 1; L. 16, § 1 de usu 7, 8; L. 9 pr usufr. quemadm. am. 7, 9; L. 17, § 1; L. 19, § 1 de nox. act. 9, 4; L. 4, § 9 finium reg. 10, 1: *dominus proprietatis*; L. 3 si usufr. pet. 7, 6: *dominium ususfructus*; L. 17 quib. mod. usufr. 7, 4: *dominium proprietatis*. Schon Heineccius zu Vinnius, in quatuor libros *Institutionum commentarius*, Lugduni, 1747, erläutert zu den Worten *dimidium fisci vel civitatis*: *Sive in loco alieno privati alicujus, sive in loco Cæsaris, aut publico fisci vel civitatis thesaurus repertus sit, medietatem dumtaxat inventor consequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus est, aut jus imperiumve in eo habet.*

¹⁾ Tit. Dig. ne quid in loco sacro fiat 43, 6 und Tit. Dig. de sepulcro violato 47, 12. Es sind dies zwei Popularklagen.

²⁾ Die Erklärung von Heineccius (zu Vinnius, a. a. O.), in der hadrianischen Bestimmung sei in *sacro* aut *religioso loco* von Privatgräbern und -Heiligthümern zu verstehen (*nam et si loca sacra et religiosa nullius vere in bonis sint, ejus tamen aliquatenus sunt, cujus in usu et fundo sunt, et quodammodo juris privati*), daher die auf öffentliche Begräbnissplätze sich beziehende neuere Bestimmung von Marc. Aur. und Verus gar nicht abweichend, und deswegen auch von Justinian gar nicht erwähnt — würde zwar den Beweis, dass die Hälfte des in *loco publico* s. s. gefundenen Schatzes nicht um des Bodeneigenthums willen dem Staat zufalle, verstärken, scheint mir aber zu gezwungen und findet im Wortlaut der hadrianischen Bestimmung keinen Anhalt. Dass

Justinian nicht adoptirt, sondern die ältere hadrianische in die Institutionen mit der Bemerkung aufgenommen, dass sie der *naturalis æquitas* entspreche. Damit ist aber nichts bewiesen, als dass Justinian es unwürdig fand, zu Gunsten der Staatskasse das *imperium* des Staats über die *loca religiosa* in dieser Weise geltend zu machen. Dass dasselbe aber hinsichtlich der *loca publica*, so oft der Staat nicht schon als Eigenthümer die Schatzhälfte beanspruchen konnte, aushelfen musste, verwundert nicht sehr, wenn man bedenkt, dass der Fiscus in der Kaiserzeit überhaupt sehr stark begünstigt wurde¹⁾ und dass die Kaiser vor Nerva und Hadrian jeden, auch den in *loco suo* gefundenen, Schatz dem Fiscus ganz zusprachen, ebenso wieder die nächsten Vorgänger Constantins des Grossen (eine Anmassung, die Constantin selbst nur zur Hälfte aufgab).²⁾

hier von dem in *loco sacro aut religioso* gefundenen Schatz gleich nach dem in *loco suo* gefundenen geredet wird, findet seine einfache Erklärung darin, dass zuerst die Fälle aufgezählt werden sollen, in welchen der Schatz dem Finder ganz verbleibt, dann die, in welchen Beschränkungen zu Gunsten Anderer eintreten.

¹⁾ Hinsichtlich des *thesaurus* enthält L. 3, § 11 *de jure fisci* 49, 14 zu Gunsten des *fiscus* die eigenthümliche Bestimmung: *Deferre autem se nemo cogitur, quod thesaurum invenerit, nisi ex eo thesauro pars fisco debeatur* Qui autem, quum in *loco fisci* *thesaurum* invenerit, partem ad *fiscum* pertinentem suppresserit, totum cum altero tanto cogitur solvere. Bemerkenswerth ist hiebei noch, dass nur beim in *loco fiscali* gefundenen Schatz dieser Delationszwang mit Strafandrohung ausgesprochen wird, was wohl nur aus der Rücksicht zu erklären ist, dass das Anrecht des Staats beim *locus publicus* s. s. denn doch nicht in allen Fällen ein so wohlbegründetes sei, wie bei dem (stets im Staatseigenthum befindlichen) *locus fiscalis*.

²⁾ Vgl. Schilteri *praxis juris Romani* (1733), exerc. 45, § 25: *At sub imperatoribus fisco suo faventibus thesaurus in suo etiam repertus totus fisco cedebat, ut innuit Tacitus, annales XVI, c. 1 sq.*

Die Ansicht Dernburgs findet nach alledem in den Quellen keine positive Begründung. Vielfache Quellenausprüche aber machen sie geradezu unhaltbar. So ist wohl zu bemerken, dass die litora, auf deren Stehen extra patrimonium schon mehrfach hingewiesen wurde, durchaus als res publicæ s. s. betrachtet werden. L. 3 ne quid in l. p. 43, 8 sagt von ihnen, sie seien populi Romani, was ohne Zweifel von dem daran stattfindenden usus publicus und der daherigen Ueberwachung des Staats zu verstehen ist (L. 4 eod.: In litore jure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediret); L. 45 pr. de usurp. et usuc. 41, 3 zählt die litora unter die loca juris gentium publica. L. 14 pr. de a. r. d. 41, 1 nennt die litora publica und § 1 sagt von dem Ort der Küste, der ein jetzt verschwundenes Gebäude getragen hat, er sei durch das Verschwinden des Gebäudes (diruto aedificio) in pristinam causam zurückversetzt und daher publicus. Von litus publicum redet auch L. 112 de V. S. 50, 16. — Das der Küste zunächst liegende Meer wird ebenfalls als res publica s. s. behandelt. So heisst es in L. 4, § 1 de D. R. 1, 8 (ebenso § 2 J. de R. D. 2, 1): [Sed] flumina pæne omnia et portus publica sunt, wobei unter portus hauptsächlich Meerhäfen verstanden werden müssen. L. 10 de D. R. 1, 8: Aristo ait, sicuti id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod a mari occupatum sit, fieri publicum. Danach muss wohl auch das Meer selbst, weil es zu publicum umwandelt, was es sich zu seiner Unterlage wählt, publicum sein (vgl. von später noch hervorzuhebenden Stellen z. B. L. 1, § 7—8 de flumin. 43, 12 und besonders L. 30, § 3 de a. r. d. 41, 1: — flumina [enim] censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum; ähnlich heisst es, wo das Meer als res communis omnium genannt wird, durch das Meer werde auch die Küste zur

res communis omnium gemacht; L. 2, § 1 de D. R. 1, 8 und § 1 I. de R. D. 2, 1: Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris). § 5 J. de R. D. 2, 1: Litorum quoque usus publicus juris gentium est, sicut ipsius maris. Der usus publicus am Meer wird auch gehörig geschützt; L. 3, § 1 ne quid in l. p. 43, 8: — id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit. L. 50 de a. r. d. 41, 1: Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum Prætoris adhibendum est, ut id facere liceat; imo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciet. Es ist als schützendes Rechtsmittel ein eigenes Popularinterdict gegeben in L. 1, § 17 de flumin. 43, 12: Si in mari aliquid fiat, Labeo ait, competere tale interdictum: ne quid in mari inve litore (die Küste ist eigentlich nichts als ein Theil des Meeres selbst, da sie regelmässig befluthet wird), quo portus, statio iterve navigio deterius fiat. Ferner dienen ohne Zweifel auch die in L. 2, § 20 und § 35 ne quid in l. p. 43, 8 genannten Popularklagen utiliter zum Schutz der gemeinen Gebrauchsfähigkeit von Meer und Meeresküste, da gleich in L. 3 und L. 4 jede Deterioration derselben verboten wird. Endlich ist das jedem Geschädigten oder Bedrohten zustehende Interdict der L. 2 pr. eod. in L. 2, § 8 eod. ausdrücklich utiliter auch auf Vornahmen an Meer und Meeresküste ausgedehnt. Da nun aber das Meer vor Allem aus eine in Niemandes Eigenthum stehende Sache ist, so erleidet durch dessen Publicitätscharacter die Lehre von der nothwendigen Eigenthumsqualität aller res publicæ s. s. eine vollkommene Widerlegung. Es mag ferner auch noch angeführt werden, dass der campus Martius in L. 6 pr. de contr. emt. 18, 1 und sonst als locus publicus genannt wird. Der-

selbe ist nach Vertreibung des Tarquinius Superbus, in dessen Eigenthum der Boden stand, auctoritate populi¹⁾ dem Mars geweiht, also zur res sacra gemacht worden und kann als solche in keinem Eigenthum stehen. Seine Nennung als locus publicus kann sich daher bloß von dem daran stattfindenden Gemeingebrauch herschreiben, durch den freilich die Qualität einer res sacra etwas in den Hintergrund gedrängt worden zu sein scheint; wäre Letzteres nicht der Fall, so liesse sich nicht begreifen, wie in L. 6 pr. cit. gerade den loca sacra und religiosa gegenüber der campus Martius als Beispiel einer res publica s. s. angeführt werden könnte. Trotz der in dieser Beziehung stattfindenden Unterstellung unter das jus humanum aber wurde das Eigenthum dem Staat durch den usus publicus keinesfalls erworben.

Hiemit sollte denn zur Genüge bewiesen sein, dass es eben so falsch ist, das Staatseigenthum für mit dem Begriff einer res publica s. s. gegeben zu erklären, als die Unvereinbarkeit beider zu behaupten²⁾. Damit, dass eine Sache als res publica, quæ in publico usu habetur, bezeichnet wird, ist positiv über das Eigenthum noch gar nichts entschieden; nur soviel lässt sich constatiren, dass nach

¹⁾ Gaius, instit. II, 5: Sed sacrum quidem solum tantum existimatur auctoritate populi Romani fieri: consecratur enim lege de ea re lata aut senatus consulto facto.

²⁾ Vgl. auch Börner, Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 38, p. 182—184. (Nur ist es falsch, wenn Börner diejenigen res publicæ s. s., welche im Staatseigenthum stehen, res publicæ jure civitatis nennt, da jure civitatis in L. 2, § 2 ne quid in l. p. 43, 8, woraus der Ausdruck entnommen ist, »nach Staatsbürgerrechte« heisst, also jus im subjectiven, nicht im objectiven Sinn gebraucht ist). Windscheid, Pandecten Bd 1, § 146.

überwiegendem juristischem Sprachgebrauch sie sich nicht im Eigenthum einer blossen Privatperson befinden kann, ansonst Anstand genommen würde, sie um des usus publicus und der dadurch nothwendig gemachten staatlichen Ueberwachung willen als res publica zu bezeichnen (man erinnere sich daran, dass z. B. die Flussufer nur von Paulus res publicæ genannt werden). Ob der Staat Eigenthümer dieser sog. res publicæ sei, ist rein zufällig und begrifflich indifferent; die Beantwortung dieser Frage wird in concreto zu geben sein und davon abhängen, ob die betreffende Sache des Eigenthums überhaupt fähig ist, und ob, wenn dies der Fall, in der Person des Staats zufällig auch die rechtlichen Bedingungen erfüllt sind, bei deren Vorhandensein Eigenthum angenommen wird. Factisch allerdings wird der Staat Eigenthümer aller derjenigen Sachen sein, die überhaupt Eigenthumsfähigkeit an sich tragen, und, ohne im Eigenthum irgend einer andern physischen oder juristischen Person zu stehen, dem usus publicus dienen. Denn entweder war die Sache, bevor sie dem Gemeingebrauch hingegeben wurde, herrenlos — dann ist sie vom Staat durch die Unterwerfung unter den usus publicus occupirt worden — oder sie stand in irgend einem fremden Eigenthum — dann hat der Staat derivativ das Eigenthum erworben — oder sie war schon zuvor Staatseigenthum — dann ist dieses einfach stehen geblieben.¹⁾

¹⁾ Hiebei ist noch Folgendes zu bemerken: Nach altrömischer Anschauung war der Staat Eigenthümer des ganzen von den staatlichen Grenzen umfassten Gebiets, soweit dasselbe für das Eigenthum überhaupt zugänglich war; weil das Volk dieses Gebiet der-einst erobert hatte, so wurde dasselbe auch der Verkörperung des ganzen Volkes, dem Staat, zugeschrieben. Ein grosser Theil dieses Staatseigenthums war freilich dem Gebrauch der einzelnen Bürger

Gewisse Dinge aber sind schon zufolge ihrer natürlichen Beschaffenheit dem Eigenthum entzogen (über diese sog. *res communes omnium* im folgenden Abschnitt); das Aufsichts- und Verwaltungsrecht, welches der Staat über dieselben übt, ist ein Ausfluss seines Hoheitsrechts; dieses ist aber untheilbar, vom Staat unablösbar, und es kann daher von derartigem Recht einer *civitas* über solche Sachen nie die Rede sein; die Macht, welche eine *civitas* über dem Gemeingebrauch ihrer Angehörigen dienende Sachen ausübt, kann nur eine privatrechtliche Unterlage haben, nämlich das Eigenthum.

Dass es endlich auch Sachen gibt, die nicht durch ihre physische Beschaffenheit, sondern erst durch besondere Rechtsbestimmung vom Eigenthum und überhaupt von jeder menschlichen Berechtigung *eximirt* (*divini juris*) sind, dabei

überlassen, und zwar so, dass den Einzelnen bestimmte Theile ausgeschieden und zu ausschliesslichem Besitz und Nutzen überlassen wurden. In jener ältesten Zeit ging eben der Einzelne auch hinsichtlich seines Besitzthums noch ganz in der Gesamtheit auf; »wie die Personen der Bürger Theile des *populus*, so war ihr Grundbesitz Theil des *ager populi*«. Vgl. Puchta, Institutionen Bd. I, § 43 und § 40. Mit der Einmischung fremder Elemente in den römischen Staat bildete dann das *quiritische* Recht das Privateigenthum an Grund und Boden heraus. Noch zu Gaius' Zeit ist aber wenigstens der ganze Provincialboden Eigenthum des Staats; die Einzelnen können nur *possessio* und *ususfructus* daran erwerben. Gaius, Instit. II, 7. Es wird darum auch im spätern römischen Recht der Staat immer noch als Eigenthümer alles desjenigen Bodens zu betrachten sein, der, innerhalb der Staatsgrenzen liegend, bei der ersten Unterwerfung des Landstrichs die Eigenthumsfähigkeit überhaupt besessen, dieselbe auch behalten hat und noch nie als Privateigenthum erworben worden ist. (Hiebei müssen als Privateigenthümer dem Staat gegenüber auch die Stadtgemeinden verstanden werden.) Herrenlosen Grund und Boden wird es daher verhältnissmässig überhaupt nur sehr wenig geben.

aber doch wegen ihrer Tauglichkeit unter das *jus humanum* gezogen und sogar *res publicæ* genannt werden, zeigt das Beispiel des *campus Martius*.

Als einzige gemeinsame Merkmale aller dieser verschiedenen Dinge stellen sich heraus: Das Fehlen des Eigenthums blosser Privatpersonen und das Stattfinden eines *usus publicus*, welcher einerseits eine besondere Beziehung auf den Staat herstellt, anderseits der Verkehrsunfähigkeit, falls sie nicht sonst schon vorhanden ist, ruft, d. h. der Unfähigkeit dieser Sachen, zum Gegenstand von Rechtsgeschäften der Privaten gemacht zu werden. Um dieser Momente willen werden sie von den Römern unter dem Namen *res publicæ* zusammengefasst. Eigenthum des Staats ist also zwar nicht Bedingung, wohl aber Eigenthum von Privaten Hinderniss der Publicität im eigentlichen Sinn. Die sog. *res publicæ*, quæ in *patrimonio fisci* habentur, haben begrifflich mit den *res publicæ s. s.* nur die Abwesenheit des Eigenthums blosser Privatpersonen und eine gewisse besondere Beziehung auf den Staat gemein (nur zufällig ist die fernere Gemeinsamkeit eines Theils der *res publicæ s. s.* und der *res fiscales* hinsichtlich des Eigenthums). Dass die Römer die *res publicæ*, quæ in *patrimonio fisci* habentur, den *res publicæ*, quæ in *usu publico* habentur, entgegenstellen, möchte man auf den ersten Blick für schief halten; zu dem *usus publicus* scheint das *patrimonium fisci* gar keinen Gegensatz zu bilden, sondern eine ganz indifferente Stellung einzunehmen. Können ja doch auch in *usu publico* stehende Sachen zum Eigenthum des Staats gehören! Wo bleibt da die durchschneidende Schärfe der römisch-rechtlichen Unterscheidungen? — Diese vermisst man nicht, sobald man nur *patrimonium* nicht einfach gleich *proprietas* nimmt, sondern es etwa mit unserm „Vermögen“ übersetzt.

Die *res publicæ s. s.* sind *extra commercium*, nicht Gegenstände des gemeinen Vermögensverkehrs, haben daher auch keinen Vermögenswerth¹⁾ und fallen, auch wenn sie im Eigenthum des Staats stehen, nicht in *computationem patrimonii*. Die *res publicæ*, die in *patrimonio fisci* oder *pecunia populi* sind²⁾, haben dagegen als verkehrsfähige Sachen einen wahren Vermögenswerth, und in diesem Sinn werden sie den in *usu publico* stehenden Sachen entgegengesetzt: Sachen im Vermögen des Staats gegenüber Sachen ausser dem Vermögen des Staats, und da die letztern, wenn nicht sonst schon, so doch jedenfalls in Folge des an ihnen allen gleichmässig stattfindenden *usus publicus* am Zugehören zum Vermögen des Staats verhindert sind, so wird eben dieses Stehen *extra patrimonium*, die Ursache statt der Wirkung, zu ihrer Kenntlichmachung angegeben: *res publicæ, quæ in usu publico habentur, quæ usibus publicis destinatae sunt*.

Was übrigens die Frage betrifft, wann denn eigentlich eine Sache als im *usus publicus* stehend betrachtet werden müsse, so geht aus den römischen Quellen so viel mit Bestimmtheit hervor, dass jedenfalls der allen einzelnen Staatsangehörigen gleichmässig freistehende Gebrauch als *publicus* bezeichnet wird³⁾. Ob auch Sachen, die nicht unmittel-

¹⁾ Es gilt von ihnen, was von der *res sacra* in L. 9, § 5 de D. R. 1, 8 gesagt ist: *non recipit aestimationem*.

²⁾ L. 5 pr. de V. S. 50, 16: *Rei appellatio latior est, quam pecuniæ, quia etiam ea, quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, quum pecuniæ significatio ad ea referatur, quæ in patrimonio sunt*.

³⁾ Die beständige Nennung von Strassen, freien Plätzen (*forum, campus Martius*), Häfen, Theatern, Stadien etc. lassen darüber keinen Zweifel.

bar allen einzelnen Staatsangehörigen dienen, sondern nur mittelbar, indem sie Bedürfnisse der Staatsgesammtheit als solcher, öffentliche Zwecke des gemeinen Wesens, befriedigen (Zeughäuser, Gerichtshäuser, Regierungsgebäude aller Art), als in usu publico stehend betrachtet werden, ist aus den Quellen nicht mit voller Bestimmtheit zu ersehen; man darf dies jedoch wohl annehmen; denn einerseits kann der *populus* ebensowohl in seiner Gesammtheit als in seinen einzelnen Gliedern verstanden werden; der Wortlaut (*usus publicus*) ist also nicht dagegen; anderseits folgt es aus der Natur der Sache, indem die Sicherstellung des Gebrauchs durch Entziehung aus dem *commercium* bei diesen Dingen nicht minder gerechtfertigt ist als bei den allen Einzelnen zum Gebrauch verstatteten. Der allgemeine Nutzen ist um seiner Mittelbarkeit willen kein geringerer. Auch dürfte die Nennung von *insulæ* (die im Ganzen doch eher den Zwecken der Gesammtheit als den Zwecken eines jeden Einzelnen zu dienen geeignet sind) unter den *res publicæ* s. s.¹⁾ darauf hinweisen. Danach wären z. B. auch Festungswerke, wenn nicht ihr Charakter als *res*

¹⁾ L. 2, § 2—3 *ne quid in l. p.* 43, 8. Auch *basilicæ* werden als *res publicæ* s. s. namhaft gemacht; L. 83, § 5; L. 137, § 6 *de V. O.* 45, 1. § 5 *I. de emt.* 3, 23. *Basilica* bedeutet überhaupt ein prächtiges (»königliches«) Gebäude (*Festus*, *de verb. signif.*: *Basilica ἀπὸ τοῦ βασιλέως*, hoc est rege, dicta). Heumann, *Handlexicon*: *basilica*, grosses öffentliches Gebäude, welches zu gerichtlichen Verhandlungen diente, und worin Sachen zum Verkauf ausgestellt wurden (L. 32, § 4 *de auro* 34, 2). *Dacérius* erklärt zu *Festus*, *v. basilica*: *Regum palatia, templa etiam et alia quælibet loca, ampla et magnifice exstructa, ut ea, quibus forum Romanum ornatum erat, ut Basilicæ Julia, Trajana, Portia, Sempronia*. In den angeführten Stellen scheint freilich, wegen der steten Zusammenstellung mit *forum*, nur von solchen Säulenhallen die Rede zu sein.

sanctæ sie als quodammodo divini juris hätte erscheinen lassen, zu den res publicæ s. s. gezählt worden; denn in hohem Grade dienen gerade sie, wenn nicht der öffentlichen Benutzung, so doch dem öffentlichen Nutzen. Im Einzelnen freilich wird es bei dieser Ausdehnung des Begriffes oft schwierig sein, zu entscheiden, ob ein Staatseigenthumsstück dem usus publicus diene, d. h. ob dasselbe mehr sei als ein nutzbares Object der fiscalischen Operationen der Staatskasse (man denke z. B. an die Benutzung eines dem Staat gehörigen Gebäudes zu Beamtenwohnungen u. dgl.). Da aber die Verkehrsunfähigkeit der Sachen die Ausnahme bildet, so wird immerhin im Zweifel die Qualität gewöhnlicher Vermögensstücke anzunehmen sein.

Nachdem nun der Begriff der Publicität überhaupt erörtert und gezeigt worden ist, dass derselbe mit dem Staatseigenthum nichts zu thun hat, soll die Eigenthumsfrage im Besondern mit Bezug auf den öffentlichen Wasserlauf beleuchtet und der Begriff des letztern festgestellt werden.

II. Begriff der Publicität bei fließendem Wasser insbesondere.

A. Fließendes Wasser an sich.

Wenn bestimmt werden soll, welchen laufenden Gewässern das R. R. eine nothwendige Beziehung auf den Staat zuschreibt und welches der Character dieser Beziehung ist, so muss zuerst der allgemeine Character des Wassers und speciell des fließenden Wassers und der Begriff der aqua profluens besprochen werden.

Das Wasser als flüssiger Körper, dem eine eigene Form abgeht, der solche vielmehr erst von aussen her erhält, indem irgend welche feste Körper seine flüssige Masse tragen und modeln, hält die Mitte zwischen den festen Körpern und der Luft. Die letztere ist der eigentlichen Formung geradezu unfähig, da ihre Bestandtheile so verflüchtigt sind, dass sie jeder verkörpernden Zusammenfassung sich entziehen. Die erstern dagegen tragen ihre Form in sich selbst, haben bleibende Umrisse, sind individuell unterscheidbar und fassbar und bieten sich daher selber zur Beherrschung und zum Eigenthum an. Das Wasser ist weniger flüchtig als die Luft, aber auch weniger beständig als die festen Körper ¹⁾. Wenn es durch die Begrenzung

¹⁾ In gefrorenem Zustand steht es freilich mit den festen Körpern auf vollkommen gleicher Linie. Interessant dürfte heutzutage, wo z. B. das Gletschereis unserer Berge zu einem bedeutenden Handelsartikel sich aufschwingt, eine Erörterung der in dieser Richtung sich ergebenden Berechtigungsfragen sein.

mit solchen eine bleibende Form gewinnt, in welcher seine natürliche Zerfahrenheit aufgehoben und seine Substanz zurückgehalten wird, so redet man von stehendem Wasser; wenn dagegen die Form von Moment zu Moment wechselt und in keinem Zeitpunkt zur Ruhe kommt, da durch die Beschaffenheit der Fassung eine continuirliche Fortbewegung der Wassermasse bedingt ist, so bezeichnet man diese als fliessendes oder laufendes Wasser ¹⁾.

Das stehende Wasser ist im Allgemeinen zufolge seiner Zusammenfassung zu einer festen Form ein eben so taugliches Object der menschlichen Rechtsbeherrschung als irgend ein anderes Stück der Körperwelt. Daher steht auch der exclusiven vollständigen Aneignung desselben, dem Eigenthum, an sich nichts entgegen. Ob solches wirklich bestehe, hängt von denselben zufälligen Umständen ab, wie bei allen andern des Eigenthums überhaupt fähigen Sachen. Steht es

¹⁾ Romagnosi, della condotta delle acque (Wasserleitungsrecht; ein in practischer Hinsicht vorzügliches Werk über das lombardische Bewässerungssystem; übersetzt aus Auftrag der preussischen Regierung von Marcus Niebuhr 1840, p. 4—5) versteht unter Wasserlauf, nach Merlin, questions de droit, III, cours d'eaux, § 1, p. 181, »den Wasserablauf von einem höhern nach einem tiefer liegenden Orte«. Wasser, das momentan vom Winde bewegt wird, ist deswegen noch nicht als fliessendes Wasser zu betrachten; die Glosse zum Sachsenspiegel Buch 2, Art. 28, § 1 definirt die wilde wage (das in natürlichem Bassin stehende Wasser im Gegensatz zum Wasser in gegrabenen Teichen — in diken, die gegraven sin —) als »het water, dat sic wegit na deme winde unde anders nicht.« Auch der Umstand, dass denn doch die meisten stehenden Gewässer einen Abfluss haben, in Folge dessen die das Becken füllende Wassermasse in einer unmerklichen, aber steten Bewegung und Erneuerung begriffen ist, hebt den Character des stehenden Gewässers nicht auf, sobald die Masse nur nicht als bloß durchfliessend erscheint.

auf einem im Eigenthum befindlichen Grundstück in Verbindung mit Grund und Boden, so gehört es als *pars fundi* zu diesem; *portio enim agri videtur aqua viva*, heisst es in L. 11 pr. quod vi aut clam 43, 24 von dem natürlich oder künstlich im Grundstück gefangenen Quellwasser¹⁾. Nun aber kann das Wasser in so grossen Massen zusammenstehen, dass es als eine in mächtigem Zusammenhang verbundene Einheit vom Menschen sich zwar gebrauchen, aber schlechthin nicht beherrschen und nur bei physischer Ausscheidung einzelner Theile an eine Unterwerfung sich denken lässt. Als ein solches unbeherrschbares Ganzes betrachten die Römer das Meer, welches, den grössten Theil der Erdoberfläche bedeckend und das feste Land gewaltig umfangend, jeder menschlichen Unterwerfung spottet und seinen Küsten wie seinem Grund die eigene Freiheit mittheilt²⁾. Dasselbe gilt auch von denjenigen Seen, die eine eigentliche Wogengewalt besitzen³⁾.

¹⁾ S. auch L. 10 Cod. de servit. et a. 3, 34; L. 24, § 12 de damno inf. 39, 2; L. 21 de aqua et a. pl. a. 39, 3. Der Grundeigenthümer darf die in seinem Grundstück entspringende Quelle beliebig fassen.

²⁾ L. 13 pr. comm. præd 8, 4: — mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest. § 5 I. de R. D. 2, 1: — Proprietas autem eorum (nämlich der litora) potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse, cujus et mare et quæ subjacet mari terra vel arena. § 1 eod. L. 2; § 1 de D. R. 1, 8. Die Küste reicht, so weit die höchste Fluth geht; L. 96 pr. de V. S. 50, 16: Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit. L. 112 eod. § 3 I. de R. D. 2, 1.

³⁾ Darauf deutet L. 112 cit. de V. S. 50, 16, wo das Gestade des Sees, der (ohne Zweifel wegsn seiner Wogenmacht) dem Privateigenthum entrückt ist, dem Meeresgestade gleich bestimmt wird.

Während so das stehende Wasser höchstens durch seine Quantität der menschlichen Rechtsherrschaft sich entzieht, hat das fließende Wasser, ob in grosser oder in kleiner Quantität vorhanden, unverkennbar schon qualitativ etwas der Exklusivität privatrechtlicher Beherrschung Widerstrebendes, indem die Wasserwelle durch ihre stete Flucht der Berechtigung ihr Object raubt. Jedoch muss hier zwischen frei fließendem und unfrei fließendem Wasser geschieden werden.

Frei fließendes Wasser (in Zukunft soll es schlecht-
hin fließendes genannt werden) ist ganz negativ zu definiren als dasjenige in continuirlicher eigener Strömung begriffene Wasser, das an der natürlichen Ungefangenheit seiner Substanz noch keine Einbusse erlitten hat. Eigenthum oder sonst ein Recht an einem zu bestimmter Zeit auf bestimmter Stelle befindlichen Theil solchen fließenden Wassers, mag man ihn so gross oder so klein nehmen, wie man will, ist undenkbar; es müsste denn dieser Theil erst seiner Freiheit beraubt (ausgehoben oder sonstwie gefangen gelegt), d. h. eben seines natürlichen Wesens entkleidet werden. Dass überhaupt ein Recht an einer Sache, die sich absolut nicht verfolgen und erfassen lässt, als eine logische und rechtliche Unmöglichkeit erscheint, spricht sich in L. 55 i. f. de a. r. d. 41, 1 aus, wo es von dem wilden Eber, der in seine natürliche Freiheit zurückgekehrt, und von dem Becher, der ins Meer geworfen worden ist, heisst, sie haben aufgehört, Eigenthum zu sein; sie sind eben unwiederbringlich verloren¹⁾. Die Wasserwelle aber befindet

¹⁾ Vgl. auch L. 44 eod.: — quemadmodum terra marique capta, quum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse, qui ceperunt, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis ma-

sich nicht nur in einer beständigen, bloss durch Aufhebung ihres natürlichen Wesens zu hemmenden Flucht, sondern sie wird ausserdem durch fortwährende Mischung ihrer Substanz jeden Augenblick eine andere, sie zerfliesst im buchstäblichen Sinn. Man kann nicht sagen: sie ist, bevor sie das Wort schon unwahr gemacht hat. Ein Recht an der Wasserwelle in dem einen Moment, wo sie ist, ermangelte seines Objects im nächsten Moment; das widerspricht der Natur der, wenigstens relativ dauerhaften, Rechtsbefugniss, besonders dem Eigenthum. Fliessendes Wasser ist also zufolge seiner natürlichen Beschaffenheit dem Gebiet der Privatberechtigung vollkommen entzogen.

Nun sagt L. 2, § 1 de D. R. 1, 8: Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens¹⁾, et mare, et per hoc litora maris. Ebenso § 1 I. de R. D. 2, 1. Hier muss zuerst auf den Begriff des jus naturale kurz eingegangen werden. Ulpian definirt dasselbe in L. 1, § 3 de just. et jure 1, 1 (vgl. Pr. I. de jure nat. 1, 2) folgendermassen: Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Erläuternd fügt er hinzu: Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc libe-

rinis et terrestribus desinant nostra esse, quum effugerent bestiae nostram persecutionem.

¹⁾ Aqua profluens wird in L. 3 ne quid in l. p. 43, 8 und in L. 13, § 7 de injur. 47, 10 einfach desswegen nicht als res communis omnium aufgezählt, weil es sich dort blos um beispielsweise Nennung von res communes omnium handelt. S. Börner, a. a. O., p. 175, gegen Kori, Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 18, p. 38—39.

rorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censi. § 11 I. de jure nat. 1, 2 sagt: Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent. § 11 I. de R. D. 2, 1: — jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Danach ist jus naturale den Römern das Recht, das nicht erst vom Menschen aufgestellt, sondern mit den lebenden Wesen zugleich geschaffen, ihnen allen mit auf die Welt gegeben wird und im innigsten Zusammenhang und Einklang mit ihrer natürlichen Anlage steht; es ist das über die menschliche Satzung erhabene Gesetz, dem eine ebenfalls über der menschlichen Willkür stehende, gegen dieselbe sich stets geltend machende Berechtigung entspricht. Selbst den Thieren wird ein Bewusstsein hinsichtlich dieses natürlichen Gesetzes und auch eine Art damit correspondirender Berechtigung, die ihren Grund in der mit dem Menschen gemeinen animalischen Anlage hat, zugeschrieben. Dem jus naturale stellen die Römer das jus gentium und jus civile gegenüber¹⁾, welche sich der Mensch selber vermöge der in ihn gelegten Geistigkeit schafft. L. 1, § 4 de just. et jure 1, 1: Jus gentium est, quo gentes humanæ utuntur; quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. Untereinander sind jus gentium und jus civile darin verschieden, dass jenes kraft der naturalis ratio unter allen Nationen gleichmässig gilt, dieses das eigen-

¹⁾ § 1 I. de jure nat. 1, 2: Jus naturale est etc. — jus autem civile vel gentium ita dividitur etc.

thümliche positive Recht eines jeden einzelnen Volks ist ¹⁾. Da aber *jus naturale* und *jus gentium* gegenüber dem *jus civile* hinwieder die Gemeinsamkeit gleichmässiger Geltung bei allen Völkern haben, so werden sie vielfach einander gleichgesetzt; so in L. 6 pr. eod.: *Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit etc.* § 11 I. de R. D. 2, 1: *quarundam [enim] rerum dominium nascimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium* ²⁾.

Das *jus naturale* nun also stellt gewisse Sachen als *omnium communes* hin. Betrachten wir diese paar Sachen näher, so finden wir, dass es zwei Hauptfactoren alles Lebens sind, *Luft* und *Wasser*. Die *litora* könn-

¹⁾ L. 9 de just. et jure 1, 1. § 1 I. de jure nat. 1, 2.

²⁾ Vgl. noch L. 31 pr. depositi 16, 3. § 11 I. de jure nat. 1, 2. Der Gegensatz, der in Heineccii elem. jur. civ. sec. ord. Instit. (ed. Krieger, 1727), § 37—39, zwischen *jus gentium primum* (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*) und *secundarium* (*quod usu exigente et humanis necessitatibus introductum est*) aufgestellt werden will, ist wohl dem R. R. fremd; § 2 I. de jure nat. 1, 2 erklärt blos den in § 1 eod. gebrauchten Ausdruck: *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Die in L. 40 de legib. 1, 3 genannte *necessitas* muss geradezu als mit *naturalis ratio* identisch genommen werden; die vielen Stellen, wo das *jus gentium* schlechthin als durch *naturalis ratio* begründet hingestellt wird (so z. B. L. 1 pr. de a. r. d. 41, 1), beweisen, dass nach römischer Anschauung die Forderung der *necessitas* zwar dem *jus naturale* zuwiderlaufen kann (§ 2 cit. I. de jure nat. 1, 2: — *nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanæ quædam sibi constituerunt; bella etenim orta sunt et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur*. Vgl. L. 4 de just. et jure 1, 1), jedoch gerade um der *naturalis ratio* willen (aus Klugheitsrücksichten, die vom Selbsterhaltungstrieb eingegeben werden) vom *jus gentium* erfüllt wird.

X
2
ten bei der Aufzählung füglich weggelassen werden, weil sie, wie schon früher erwähnt, eigentlich nichts als Theile des Meeres, resp. des Meeresbodens sind, und dieser (quæ subjacet mari terra vel arena) auch nicht besonders namhaft gemacht wird; der Zusatz *p e r h o c* weist übrigens deutlich genug auf das wahre Sachverhältniss hin. Die *L u f t* wird vom *R. R.* *d u r c h a u s* als *res communis omnium* betrachtet; auch durch Ausscheiden scheint kein Eigenthum an derselben erworben werden zu können; die heutige Verwerthung der Luft kannten die Römer noch nicht, sonst hätten sie wohl keinen Anstand genommen, auch ein Luft-eigenthum anzuerkennen¹⁾. Das Wasser ist wenigstens insoweit *res communis omnium*, als es entweder zufolge seiner Anhäufung (Meer und grosse, meerähnliche Seen) oder zufolge seiner Flüchtigkeit (fliessendes Wasser) ein undenkbarer Gegenstand civiler Berechtigung ist. Die Unentbehrlichkeit dieser Dinge also im Verein mit ihrer Rechtsunfähigkeit ist der Grund, warum dieselben als vom natürlichen Recht zu *res communes omnium* gestempelt hingestellt werden. Unter dieser *communio* ist natürlich nicht eine Rechtsgemeinschaft in civilrechtlichem Sinn zu verstehen, da die civile Berechtigung von diesen Dingen ja überhaupt ausgeschlossen ist. Es handelt sich hier um ein allgemeines Menschenrecht, wenn man will: um ein *A n r e c h t* an die Sache in dem Sinn, dass dieselbe Jedem zu Gute kommen, dass Jeder als befugt erscheinen soll, sich der Sache, wo er sie trifft, zu bedienen. Wer am Gebrauch direct verhindert wird, erscheint als in seiner menschlichen Persönlich-

¹⁾ In L. 22, § 4 *quod vi aut clam* 43, 24, und L. 1 *pr. de servit. pr. urb.* 8, 2 ist nur vom *Luft raum* die Rede.

keit verletzt, kann also die *actio injuriarum* anstellen¹⁾, vorausgesetzt, es erscheine die Behinderung nicht dadurch als gerechtfertigt, dass der Behinderte in der Absicht, sein Menschenrecht auszuüben, Privatrechte des Andern verletzte²⁾. Eine *civilis actio* auf Anerkennung des *jure naturali* zustehenden Gebrauchsrechts gibt es nicht³⁾. Natürlich ist dasselbe rein persönlich und unübertragbar (dass übrigens durch Vertrag gewisse Beschränkungen der Ausübung zu Gunsten eines Dritten auferlegt werden können, zeigt L. 13 pr. comm. præd. 8, 4); Niemand kann ein doppeltes Nutzungsrecht, das eigene und ein fremdes, auf sich vereinigen, d. h. ein fremdes Menschenrecht sich zulegen. Das Gebrauchsrecht des Einzelnen ist aber auf kein bestimmtes Mass eingeschränkt, sondern steht ihm so weit zu, als ihm die Uebung physisch möglich ist. Dass auch durch die weitgehendste Bemächtigung und Benutzung der Einzelnen die Gattung nie ausgebraucht wird, dafür ist schon durch die Natur vorgesorgt, indem sie von diesen Dingen einen unerschöpflichen Vorrath geschaffen hat. Ich kann nicht mit Hesse⁴⁾ übereinstimmen, wenn er jeden Gebrauch, den nur Men-

¹⁾ L. 2, § 9 ne quid in l p. 43, 8: Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur — injuriarum actione utendum est. Vgl. L. 13, § 7 de injur. 47, 10.

²⁾ L. 13, § 7 cit: — Et quidem mare commune omnium est, et litora, sicuti aër, et est sæpissime rescriptum, non posse quem piscari prohiberi, sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. Vgl. L. 3, § 1; L. 5, § 3 de a. r. d. 41, 1. Treffend bemerkt Puchta, Instit., Bd. 2, § 223, v, aus dem Grundsatz, dass die Luft Gemeingut sei, folge nicht, dass Jeder in jedem Luftraum Beliebiges vornehmen, also z. B. auch Jeder die ihm nöthige Portion Luft in meinem Zimmer einnehmen könne.

³⁾ L. 50 de a. r. d. 41, 1.

⁴⁾ Hesse, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 7, p. 205.

schen, nicht auch Thiere von den *res communes omnium* und speciell von der *aqua profluens* machen können, für ausserhalb des *usus communis* liegend erklärt und diesen auf die Befriedigung der nothwendigsten Bedürfnisse des gemeinen Lebens einschränkt. Seine Aufzählung der einzelnen Gebrauchsarten, die unter den *usus communis* an der *aqua profluens* fallen sollen — Trinken, Tränken des Viehs, Schöpfen ohne besondere Vorrichtung, Waschen und Baden und ähnliche Gebrauchsarten — zeigt schon, dass er mit jener Beschränkung auf den auch Thieren möglichen Gebrauch doch nicht ganz Ernst machen will. Gegen ihn spricht, dass beim Meer der *usus communis* ausgesprochenermassen diese Schranke nicht kennt; so redet L. 3, § 1 *ne quid in l. p. 43, 8* vom Bauen in's Meer (: *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aëris, jactasque in id pilas ejus esse, qui jecerit*); L. 2, § 9 *eod.* vom Befahren mit Schiffen und L. 13, § 7 *cit. de injur. 47, 10* vom Netzfischen. Warum aber der Umfang des *usus communis* beim Meer sich anders als bei der *aqua profluens* bestimmen, also das Princip für die verschiedenen *res communes* ein verschiedenes sein sollte, ist nicht einzusehen. Hesse's Ansicht schreibt sich wohl daher, dass er, statt den *usus communis* rein vom Standpunkt des *jus naturale* aus zu betrachten, bereits das *jus gentium* und die dadurch dem *usus communis* auferlegten Beschränkungen mit einmischt (wiewohl er auch von diesem Standpunkt aus zu stark einschränkt). Daraus, dass nach römischer Ansicht die *res communes* vom *jus naturale* für alle lebenden Wesen, auch für die Thiere, bestimmt sind, darf doch nicht der Schluss gezogen werden, dass die Berechtigung der Menschen ihr Mass und ihre Grenze in demjenigen Gebrauch finde, welcher auch den Thieren zugänglich sei. Aus der

Gleichmässigkeit des Bedürfnisses wenigstens lässt sich diess nicht begründen. Ist denn das Bedürfniss deswegen, weil Menschen und Thiere im Allgemeinen die *animalische* Anlage gemein haben, für sie dasselbe? Wird es nicht beim Menschen vermöge der hinzutretenden *geistigen* Anlage ein ganz anderes, als das des Thiers ist? Ist aber die geistige Anlage nicht ebensogut *Naturanlage* als die *animalische* und soll die Forderung des *menschlichen* Bedürfnisses so weit heruntergeschraubt werden, bis sie der Forderung des *thierischen* Bedürfnisses gleichgemacht ist? — Ueberhaupt aber kann das Bedürfniss nicht Mass und Grenze des *usus communis* bilden, mag es immerhin ein *Grund* desselben sein. Wie lässt sich wohl bestimmen: hier hört das Bedürfniss auf und fängt die blosse Annehmlichkeit oder der Luxus an? Dem Einen ist es z. B. Bedürfniss, sich regelmässig zu baden, dem Andern erscheint das als Luxus; Alles ist hier höchst individuell und Niemand wird eine absolute Grenze zu ziehen im Stande sein. Da kommt man denn schliesslich auf ein *äusserliches* Merkmal hinaus, auf den *usus innoxius* (Hesse p. 206), d. h. diejenige Gebrauchsweise, die nicht befürchten lässt, dass der Vorrath einer *res communis omnium* auch nur ganz local von einzelnen diesen Gebrauch Uebenden absorbiert werde. Damit aber wird wieder eine ungehörige Beziehung auf den das gemeine Gebrauchsrecht *jure gentium* einschränkenden *usus publicus* hingestellt.

Hiemit ist denn zugleich auch der Hauptgrund widerlegt, der Hesse (p. 208—215) abhält, die unbeständig fliessenden Gewässer (besonders Schnee- und Regenwasser, jedoch auch unbeständig fliessendes Quellwasser) der *aqua profluens* beizuzählen. Er glaubt nämlich, der Umstand, dass der Grundbesitzer, über dessen Boden solche Gewässer fliessen, sie

vollständig für sich aufbrauchen dürfe, widerstrebe der Natur der aqua profluens als res communis omnium, deren Erhaltung und Bewahrung stets durch Gesetze vorgesehen sein müsse; damit wird vorausgesetzt, dass das jus naturale dem usus communis ein bestimmtes, durch die jure gentium eintretende Staatsfürsorge aufrechtzuhaltendes Mass vorschreibe; hält man daran fest, dass die Gebrauchs- und Verbrauchsbefugniss der Einzelnen jure naturali ohne bestimmtes Mass ist, weil die Gattung nie verbraucht werden, die res communis als Ganzes dem Allgemeingebrauch nie entzogen werden kann, so wird man in jener Befugniss des Grundbesitzers keinen Widerspruch mit der Eigenschaft der aqua profluens entdecken; könnte ein Anderer an das Wasser hinkommen, so dürfte er ganz dasselbe thun; da aber nur der Grundbesitzer die (rechtliche) Möglichkeit dazu (von der naturrechtlichen des Wassergebrauchs wohl zu trennen) in der Hand hat, so übt er den Gebrauch jenes auf seinem Grundstück fliessenden Wassers allein aus. Diese Ausschliesslichkeit des Gebrauchs ist jedoch nicht mit Elvers¹⁾ eine rechtliche, sondern vielmehr eine factische zu nennen; die rechtliche Möglichkeit, Andere vom Betreten des Grundstücks auszuschliessen, stellt sich in Bezug auf den Wassergebrauch als ein zufälliger, thatsächlicher Vortheil dar. Mit der L. 2, § 13 ne quid in l. p. 43, 8: Si quid in loco publico ædificavero, ut ea, quæ ex meo ad te nullo jure defluebant, desinant fluere, interdicto me non teneri, Labeo putat, kann Hesse nicht beweisen, dass Regenwasser keine aqua profluens sei: „nullo jure“ heisst hier „ohne ein (besonderes, privates) Recht darauf,

¹⁾ Elvers, Themis, N. F. Bd. 1 (»über das Recht des Wasserlaufs«), p. 425.

dass das Wasser so und nicht anders fliesse“; das allgemeine Menschenrecht, das Wasser, falls man die thatsächliche Möglichkeit dazu hat, zu benutzen, ist dadurch keineswegs ausgeschlossen¹⁾. Eher noch könnte man dem Regenwasser seine Qualität als *aqua profluens* dadurch streitig machen, dass man auf seine *Entbehrlichkeit* hinwiese; man könnte sagen: Alle auf die *aqua pluvia* bezüglichen Bestimmungen beschäftigen sich mit der *Abwehr* (*actio aquæ pluviae arcendæ*), nicht mit der *Benutzung* desselben; denn bei der *aqua pluvia* tritt ja nur ein *schädlicher*, kein *nützlicher* Character hervor; es fehlt also eines der Momente, welche die *res communes omnium* characterisiren: die *Unentbehrlichkeit*. Dagegen ist einerseits zu erinnern, dass die *aqua pluvia*, wenn sie auch zum Trinken, Kochen, Waschen etc. nicht dienlich ist, doch als Befruchtungsmittel der Felder sogar in viel höherem Grade als die *aqua viva* nützt und dieser nützliche Character auch in den Quellen mehrfach deutlich hervorgehoben wird; so sagt L. 1, § 23 de aqua et a. pl. a. 39, 3: *Atque hoc incommodum* (der Zwang des locus inferior, die vom locus superior natürlich abfließende *aqua pluvia* aufzunehmen) *naturaliter pati inferiorem agrum a*

¹⁾ Letztere ist allerdings ein zufälliger Vorthail, die Benutzung des sich darbietenden Vorthails aber ist befugt, geschieht kraft Rechts. Wenn Hesse vom *usus communis* sagt, er sei durch Rechtsmittel geschützt, und damit die Unmöglichkeit, das Regenwasser als *aqua profluens* anzusehen, nachzuweisen gedenkt, so möchte doch zu fragen sein, ob denn der *usus communis* mit andern Rechtsmitteln geschützt wird als mit der Injurienklage (im Fall directer Behinderung), und ob diese dem im Gebrauch von Regenwasser grundlos Behinderten fehle. Vgl. übrigens Hesse selbst, p. 254, wo er den Schutz des *usus communis* »durch ein besonderes Rechtsmittel« verneint.

superiore, compensareque debere cum alio commodo; sicut enim omnis pinguitudo terræ ad eum decurrat, ita etiam aquæ incommodum ad eum defluere¹⁾. Anderseits heisst aqua pluvia auch Quellwasser, das durch Regenwasser angeschwollen ist (L. 1 pr. eod.: Aquam pluviam dicimus, quæ de cœlo cadit atque imbre excrescit, sive per se hæc aqua cœlestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit); auch von diesem müsste man behaupten, es sei keine aqua profluens, also keine res communis omnium mehr, wenn man bloss die überwiegende Schädlichkeit entscheiden lassen wollte. Der Character der aqua profluens liegt in dem freien Fliessen; dieses ist beim abfliessenden Regenwasser so gut vorhanden wie beim Quellwasser, und man darf sich dem gegenüber weder darauf stützen, dass die aqua pluvia nirgends technisch aqua profluens genannt sei — als terminus technicus kommt aqua profluens in den Quellen überhaupt nur ein paar Male, und zwar bei der Aufzählung der res communes omnium, vor²⁾ — noch viel weniger darauf, dass die ausschliessliche Hinweisung

¹⁾ Vgl. auch L. 1, § 21 eod.: Sicut autem opus factum, ut aqua pluvia mihi noceat, in hanc actionem venit, ita per contrarium quaeritur, an possit aquæ pluviae arcendæ agi, si vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit. Ofilius igitur et Labeo putant, agi non posse, etiamsi intersit mea, ad me aquam pervenire; hanc enim actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit. Aehnlich L. 2, § 9 eod.

²⁾ Untechnisch z. B. in L. 1, § 20; § 22 de aqua et a. pl. a. 39, 3 vom Regenwasser; in L. 6; L. 7 Cod. de servit. et a. 3, 34 vom Quellwasser (untechnisch in dem Sinn, dass in diesen Stellen an keine juristische Qualification gedacht wird, nicht etwa, dass der nächste Wortsinn ein anderer wäre als da, wo an den Ausdruck aqua profluens ein bestimmter juristischer Begriff angeknüpft wird).

auf Quellwasser schon im Wortlaut liege — *aqua profluens* = hervorfließendes, entfließendes, aus einer Quelle fließendes Wasser; *pro* drückt hier, wie im sonstigen Gebrauch von *profluere*, nichts weiter als die Vorwärtsbewegung (vielleicht zugleich auch das Freiheitliche, Offene derselben) aus¹⁾.

Ebenso ungerechtfertigt ist es, wenn Hesse „Quellenabflüssen, die keinen öffentlichen Fluss oder Bach bilden“ (damit meint er ganz kleine, beständig fließende Gewässer), den Character der *aqua profluens* abspricht und sie, so lange sie auf dem Quellgrundstück fließen, für Eigenthum des Quellgrundstückbesitzers erklärt. Bereits ins Fließen gerathenes Quellwasser ist nirgends *portio agri* genannt.²⁾

¹⁾ Dass schon Theophilus (und ihm nach Gothofredus, Vinnius u. A.) *aqua profluens* = ὕδωρ ἀένναον, *aqua jugis*, *perennis*, stets fließendes Wasser, nimmt, darf nicht zur Nachfolge ermuntern; da es auch unbeständig fließendes Quellwasser gibt, so wäre damit auch dieses von der *aqua profluens* ausgenommen und es würde nicht einmal mehr genügen, das *pro* als Hinweisung auf eine Quelle überhaupt zu nehmen; man müsste noch weiter gehen und das *pro* auf eine nie versiegende Quelle deuten lassen.

²⁾ L. 40, § 1 de contr. emt. 18, 1: *In lege fundi aquam accessuram dixit, beweist gar nichts für Hesse's Ansicht; weil damit jedenfalls nicht alles auf dem Grundstück befindliche Wasser gemeint ist, so kann man ohne andern bestimmten Anhalt nicht behaupten, die kleinen beständigen Wasserläufe seien hier mitverstanden. — In Hesse's Sinn spricht sich auch ein Entscheid des O.A.G. in Dresden (von 1845; bei Emminghaus, Pandecten des sächs. Rechts, Buch 6, Tit. 2, N. 28) aus, gestützt auf Funke im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 12, p. 287, und Kori, ebendas., Bd. 18, p. 40, 3. Dagegen bedenke man nur, dass ja die Grenzen des Quellgrundstücks möglicherweise erst da liegen, wo das Gewässer als Strom in einen andern Strom oder in's Meer einmündet; wer wird da noch behaupten wollen, dasselbe sei *portio agri*? In*

Am besten wird Hesse hierin durch seine eigenen Worte widerlegt; nachdem er nämlich p. 314 die Verhältnisse am fließenden Wasser mit dem Eigenthum an Geisteswerken zusammengestellt hat, vergleicht er den Quelleigenthümer dem Autor; so lange dieser sein Product für sich behält, ist er dessen unbeschränkter Beherrscher; lässt er es in die Welt hinaus, übergibt es der Oeffentlichkeit, so wird es Gemeingut Aller, die Lust und Gelegenheit haben, es kennen zu lernen. Dann fährt er fort: „So auch bei dem Wasser; sobald der Quellenbesitzer das abfließende Wasser der natürlichen Freiheit überlässt, — so wird es Gemeingut — es dient Allen zum Gebrauche, die Bedürfniss und Gelegenheit haben, es zu benutzen.“

Ganz anders verhält es sich mit dem unfrei fließenden Wasser, das von den Römern *aqua ducta*, geleitetes Wasser, genannt wird. Es ist das Wasser, welches irgendwie künstlich gefasst (in Gräben, Kanälen, Röhren) der Auf-

jedem Fall ergeben sich bei Veränderung der bisherigen Grenzen durch Kauf, Tausch, Schenkung etc. Inconvenienzen: entweder muss man die alten Grenzen für massgebend erklären oder dann die neuen. Im ersten Fall bleibt bei Verengung der Grenzen das Quelleigenthum an den abgetrennten Stücken hängen, bei Erweiterung dehnt es sich auf den neu zugekommenen Theil nicht aus. Im zweiten Fall schrumpft bei Verengung der Grenzen das Quelleigenthum auf denjenigen Theil der Quelle zusammen, welcher den dem Quelleigenthümer verbliebenen Boden durchfließt (denkt man sich ein Stück aus der Mitte des alten Quellgrundstücks herausverkauft, so ist der erste Theil der Quelle Eigenthum des Verkäufers, der folgende Theil *res communis omnium*, der dritte Theil, auf Boden, der im alten Eigenthum verblieben ist, fließend, vielleicht wieder *portio fundi* und Eigenthum?); bei Erweiterung der Grenzen verbreitet sich das Quelleigenthum möglicherweise bis an deren Mündung, so dass wir wieder zur Möglichkeit eines im Privateigenthum stehenden Stroms kommen.

hebung seines Laufs entgegengeführt wird, sei es, dass es am Ende seiner Bahn in irgend welchen Behältern (Bassins, Brunnen, Cisternen) aufgefangen und zu stehendem Wasser gemacht, oder dass es dort unmittelbar (zur Wiesenwässerung u. dgl.) verbraucht wird. Wasser, das eine künstliche Anlage bloss durchfliesst, ohne am Ende derselben der freien Fortsetzung seines Laufs verlustig zu gehen, kann nicht als *aqua ducta* betrachtet werden, weil mit diesem Begriff die schliessliche Zurückhaltung sich unzertrennlich verbindet. Daher sagt L. 1, § 8 de flumin. 43, 12: *Si fossa manu facta sit, per quam fluit publicum flumen, nihilominus publica fit*¹⁾, d. h. (für den gegenwärtigen Zweck einmal nur ganz negativ ausgelegt) jedenfalls so viel, dass Wasser, welches einen künstlichen Privatgraben nur zum Durchfluss benutzt (sei es nun, dass es, aus einem Fluss oder Bach abgeleitet, in diesen wieder einmündet, wie z. B. ein Mühlgraben²⁾, oder dass es nachher selbständig weiter fliesst, oder dass der ganze Fluss seinen Lauf durch diese künstliche Anlage nimmt), dadurch noch nicht seine freiheitliche Eigenschaft ablegt. Die eigentliche *aqua ducta* nun ist keinenfalls als *aqua profluens* und *res communis omnium* zu betrachten:

Nimmt man das Wort „fliessen“ im Sinn von „in Fort-

¹⁾ Vgl. L. un. § 5 - 6 ut in flum. p. 43, 14: *Fossa est receptaculum aquæ, manu facta. Possunt autem etiam hæc esse publica.*

²⁾ Eine Entscheidung des O.A.G. in Darmstadt (s. Archiv für practische Rechtswissenschaft, Bd. 8, p. 494) spricht sich aus: »Ja selbst ein künstlich angelegter Graben (*fossa manufacta*) gilt, insofern er von einem öffentlichen Gewässer durchflossen ist, als *fossa publica*, weshalb ein ausschliessliches Privateigenthum ebenwohl daran nicht möglich ist.« Vgl. dagegen ein Erkenntniss des O.A.G. in Kassel bei Seuffert, Archiv, Bd. 18, Nr. 5.

bewegung begriffen sein“, so kann man allerdings auch von der aqua ducta sagen, sie fliesse; ebenso wurde auch „fluere“ im gemeinen Sprachgebrauch angewendet¹⁾. Allein wo es auf juristische Präcision ankommt, brauchen die Römer diesen Ausdruck so nicht. Der Gegensatz von fluere und duci wird mehrfach hervorgehoben²⁾; so in L. 1, § 21 de aqua quot. 43, 20: Quæsitum est, si quis ante annum aquam duxit, deinde sequenti tempore, id est intra annum, aqua influxerit ipsa sibi, me non ducente, an huic interdicto locus sit. Et refert Severus Valerius, competere ei hoc interdictum, quasi duxisse videatur, licet penitus prospicientibus non videatur iste duxisse. L. 12 quemadm. serv. am. 8, 6: — et si aqua per rivum³⁾ sua sponte perfluxit. Besonders deutlich hat fluere die Bedeutung des freien (wenn man will: freiwilligen) Sichfortbewegens noch in L. 3 pr. de flumin. 43, 12: Flumina publica, quæ fluunt, ripæque eorum publicæ sunt. Quæ fluunt kann hier vernünftigerweise nur heissen: so lange sie ihren freien Lauf bewahren. Während die aqua fluens sich selbst ihren Weg wählt, und, auch wenn sie in einem Kanal oder dergleichen läuft, noch als frei erscheint, weil ihr der freie Ausweg aus demselben bleibt, tritt bei der aqua ducta stets die bevorstehende Aufhebung ihres Laufs hervor und lässt sie auf ihrem bis dahin noch zurückzu-

¹⁾ S. z. B. Frontinus, p. 252, wo es von dem in öffentlichen Leitungen laufenden Wasser heisst: ut sine intermissione diebus noctibusque aqua fluat. L. 1, § 2 de rivis 43, 21: — rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat, cui nomen est ἀπὸ τοῦ ῥεῖν (a fluendo); rivus heisst hier Leitungsgraben.

²⁾ Vgl. Hesse a. a. O., p. 211—212.

³⁾ Rivus heisst hier wieder: Leitungsgraben.

legenden Weg bereits rein passiv erscheinen.¹⁾ Der äussere Character der Fortbewegung ist zwar unzweifelhaft beim geleiteten Wasser ganz derselbe wie beim fliessenden; der juristische Unterschied liegt aber unverkennbar darin, dass die Substanz des geleiteten Wassers bereits gefangen, die des fliessenden noch frei ist. Diese Verschiedenheit wird von den römischen Quellen auch sehr unzweideutig anerkannt. Würde die aqua ducta als aqua profluens betrachtet, so müsste Jeder kraft natürlichen Rechts von dem in der Leitung befindlichen Wasser Gebrauch machen können; von den vielen Stellen, die dem widersprechen, mögen hier nur einige hervorgehoben werden. L. 33, § 1 de serv. pr. r. 8, 3: Per plurium prædia aquam ducis quoquo modo imposita servitute; nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum²⁾ ex rivo cedere; pacto

¹⁾ In der von Frontinus, p. 261, angeführten Lex wird für duci auch die passive Form flui gebraucht. Uebrigens kann nicht allgemein zutreffend und ausreichend definirt werden, wie die Zurückhaltung am Ende der Anlage beschaffen sein müsse, um das Wasser als geleitetes erscheinen zu lassen; hier muss das verständige richterliche Ermessen in concreto eintreten.

²⁾ Die Bedeutung von haurire ist vollkommen die von unserm »schöpfen«. Zunächst ist dabei nicht an ein Entnehmen des Wassers mittelst ständiger Hebeeinrichtung (Pumpe, Rad etc.) zu denken (jedenfalls in der vorliegenden Stelle nicht, da aus dem rivus das Wasser nicht erst an die Oberfläche gehoben zu werden braucht); so wird z. B. in L. 2 comm. præd. 8, 4 zwischen aqua per rotam tollenda ex flumine und aqua haurienda ausdrücklich geschieden, und es ist falsch, wenn Dirksen, Manuale latinitatis juris civilis fontium, für seine Definition: haurire ex profundo depromere, vel educere, diese Stelle in dem Sinn citirt, als ob daselbst haurire dem per rotam tollere gleichgesetzt wäre. Eine gewisse Hebung wird beim Schöpfen natürlich jedesmal vorkom-

enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum prædium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest. Danach kann von Begründung einer Servitut am aquæductus (L. 1 pr. eod.: Aquæductus est jus aquam ducendi per fundum alienum) nicht die Rede sein, weil das eine servitus servitutis wäre, ein Verhältniss, das überhaupt unmöglich ist (L. 1 de usu 33, 2), und ausserdem eine Servitut der Anlieger am aquæductus eine Servitut am eignen Grundstück (durch welches der aquæductus gelegt ist) sein würde. Dagegen bejaht die Stelle die Möglichkeit der Begründung eines sonstigen Rechts am Leitungswasser; damit ist aber die Annahme, dass die aqua ducta aqua profluens sei, nicht zusammenzureimen; wäre sie richtig, so dürfte Jeder schon jure naturali das Wasser nutzen¹⁾, brauchte sich daher nicht um ein besonderes Recht

men, aber nicht gerade ex profundo und mit künstlicher Vorrichtung. Dagegen kann allerdings haurire wie unser »schöpfen« auch die Hebung mit künstlicher Vorrichtung bezeichnen und wird manchmal die servitus haustus von einem Schöpfrecht mit ständiger Vorrichtung zu verstehen sein. Als den regelmässigen scheint diesen Sinn auch anzunehmen Forcellini, totius latinitatis lexicon: haurire (tirare) educere, extrahere, et fere de liquoribus dicitur. Translate est sumere, percipere. Haustus (estrazione) eductio liquoris ex aliquo loco. Haustum, ἄντλιον, machinæ genus est, teste Budæo, rotam habens, qua calcata aquam e puteis, vel fluminibus haurimus.

¹⁾ Wenn hier von Nutzung oder Gebrauch des Wassers geredet wird, so ist darunter, falls nichts Besonderes gesagt ist, stets auch der Verbrauch (zu welchem Zweck das Wasser geschöpft oder sonst irgendwie ausgehoben wird) verstanden. Anzuführen ist hier übrigens besonders auch noch die L. 2 de rivis 43, 21: Labeo non posse, ait, ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferretur appellendi pecus, vel hauriendi aquam; quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione

auf das Wasser zu bewerben, und es könnte dasselbe überhaupt nicht zum Vertragsgegenstand gemacht werden. In diesem Sinn sagt L. 3, § 3 eod.: — Hæc de haustu ex fonte privato; ad flumen autem publicum, idem Neratius eodem libro scribit, iter debere cedi, haustum non oportere; et si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agere; d. h. handelt es sich um die Erlangung des Gebrauchs von freiem Wasser, so kann sich die Servitutbegründung nur darauf beziehen, bis zum Wasser vorzudringen, resp. dasselbe über fremdes Eigenthum herleiten zu dürfen, also auf Erwerbung eines Servitutrechts am zwischenliegenden Grundbesitz, nie auf Erwerb eines Rechts am Wasser selbst.¹⁾ Eine Servitut am Leitungswasser konnte bloß deswegen ursprünglich nicht bestellt werden, weil überhaupt nur die Servitut ex capite vel ex fonte (L. 1, § 8 de aqua quot. 43, 20: Caput aquæ illud est, unde aqua nascitur; si ex fonte nascatur, ipse fons, si ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia fossarum, quibus aquæ ex flumine vel ex lacu in primum rivum communem pelli solent) als zulässig galt, indem nur sie die erforderliche causa perpetua hatte. Allmählig aber lockerte sich dieser Grundsatz ab und damit wurde auch die Servitut aus der Leitung möglich (L. 9 de serv. pr. r. 8, 3: Servitus aquæ ducendæ vel hauriendæ, nisi ex capite vel ex fonte, constitui non potest; hodie tamen ex quocunque loco constitui solet; vergl.

quam ex jure contingeret, nisi ab initio in imponenda servitute id actum esset. Der dominus fundi hat also nicht kraft (natürlichen) Rechts (die aqua profluens zu brauchen) aus der offenen Leitung geschöpft (getränkt etc.), sondern auf blosses Zusehen des Leitenden hin; als berechtigt zu solcher Nutzung erscheint er nur dann, wenn er in imponenda servitute sich dieselbe ausbedungen hat.

¹⁾ Vgl. Endemann, das ländliche Wasserrecht, p. 63— 65.

ferner L. 2 comm. præd. 8, 4, wo die Wasserservitut aus einem castellum, d. h. einem zu einer Leitung gehörigen Sammler, anerkannt wird; endlich L. 1, § 41 de aqua quot. 43, 20: Permittitur autem aquam ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico ducere, spricht es, in Verbindung mit L. 6 Cod. de aquæd. 11, 43: Omnis servitus aquarum aquæductus Hadriani etc., hinsichtlich öffentlicher Aquäducte ganz deutlich aus, dass nicht nur an dem im Sammler stehenden, sondern auch an dem in den Röhren, Gräben etc. laufenden Wasser eine Servitut begründet werden kann); nur darf die Leitung nicht selbst auf Servitut beruhen, da sonst dem Grundsatz: servitus servitutis esse non potest, widersprochen würde.¹⁾ — Wäre die aqua ducta ein Gemeingut, so liesse sich ferner, bei dem an res communes allgemein und unbeschränkt zustehenden Gebrauchsrecht, die durch actio communi dividundo erzwingbare Vertheilung des Wassers unter den Leitenden nicht erklären. Von einer privatrechtlichen Gemeinschaft, wie sie die actio communi dividundo verlangt, könnte keine Rede sein.²⁾ Die zur Erhaltung der Wasserleitungen dienen-

¹⁾ Zwar scheint auch dieser Satz nicht mehr durchaus festgehalten worden zu sein, da in der citirten L. 6 Cod. von einer servitus aquarum an einem Aquæduct, der doch wenigstens theilweise über Privatboden geht, also auf Servitut beruht, die Rede ist. Darauf möchte auch L. 9, § 2 de aqua et a. pl. a. 39, 3 hinweisen. Im heutigen Recht erscheint nach Endemann, p. 92, »die Leitung sammt ihrem Inhalt so sehr als Gegenstand selbständiger Innehabung, dass es nicht einmal darauf ankommt, ob sie selbst nur auf einem Servitutenrecht beruht.«

²⁾ L. 19, § 4 comm. divid. 10, 3: Igitur in huiusmodi speciebus etiam in communi dividundo iudicio venit, ut præfata jura aut mensura aut temporibus dividantur. L. 4 de aqua quot. 43, 20: — sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum

den Rechtsmittel, *actio confessoria* (L. 10, § 1 si servit. vind. 8, 5), *interdictum de aqua quoditiana* (L. 1, § 7 de aqua quot. 43, 20), *interdictum de rivis* (L. 3, § 4 de rivis 43, 21) hätten offenbar sehr wenig Zweck, wenn dadurch nur die zum Fassen des Wassers dienende Röhre etc., nicht das darin geleitete Wasser geschützt würde; man käme so zu Wasserröhren ohne Wasser. Unerklärlich bliebe ferner die Festsetzung einer *poena* für unbefugte Benutzung von Wasser aus öffentlichen Leitungen (L. 2 Cod. de aquæd. 11, 43: Si quis de cetero vetiti furoris audacia florentissimæ urbis commoda voluerit mutilare, aquam ad suum fundum ex aquæductu publico derivando, sciat, eundem fundum, fiscalis tituli præscriptione signatum, privatis rebus nostris aggregandum. Frontinus, p. 248: — agri vero, qui aqua publica contra legem essent irrigati, publicabantur. L. 4 Cod. eod.: — Mansura poena in eos, qui ad irrigationes agrorum vel hortorum delicias furtivis aquarum meatibus abutuntur) und ebenso aus Privatleitungen (Pauli rec. sent. — ed. Huschke; die Lesart der folgenden Stelle bei Schulting gibt keinen Sinn — V, t. 6, § 9: Si inter vicinos ex communi rivo aqua ducatur, dividi prius decet et his vicibus, quibus a singulis duci consuevit, ducenti aquam vis fieri prohibetur; alienam autem aquam usurpanti nummaria poena irrogatur. Cujus rei cura ad sollicitudinem præsidis spectat).

So viel ist also sicher, dass die aqua ducta dem ge-

utantur, non erit iniquum, utile iudicium reddi, sicut inter eos, ad quos ususfructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi plerisque placuit. Vgl. noch L. 5 pr. und § 1; L. 26 eod.; L. 2, § 1; L. 25 de servit. pr. r. 8, 3 (— pro modo agri detenti aut alienati fiat ejus aquæ divisio); L. 7; L. 10, § 1 quemadm. servit. am. 8, 6.

meinen Gebrauch entzogen ist. Demnach wäre sie bereits Eigenthum? Sie hat doch den Character des stetsfort Entfliehenden, die continuirliche Bewegung, noch mit der aqua profluens gemein? Liegt nicht vielleicht, da die aqua ducta mit dem Eigenthum die Exklusivität, mit der aqua profluens die freiheitliche Neigung gemein hat, hier das Richtige wieder einmal in der Mitte? Man könnte raisonniren:

Wer aus (frei)fliessendem Wasser schöpft, der verwandelt das geschöpfte Quantum aus einer res communis omnium unmittelbar in Eigenthum. Wer (frei)fliessendes Wasser in der Absicht, es an einen dritten Ort hinzubringen und dort sich desselben zu bemächtigen, in eine künstliche Leitung fasst, der bringt durch dieses Fassen, das dem Wasser immer noch eine freie Oeffnung zum Fliessen lässt, dasselbe nicht unmittelbar in sein Eigenthum, aber er macht doch einen Anfang der Bemächtigung; das Leiten ist die Fortsetzung derselben und das endliche Auffangen (ob dieses durch einen Brunnen, eine das Wasser in sich aufnehmende Wiese oder sonstwie geschieht, ist gleichgültig) die Vollendung. Der Uebergangszustand zur vollen Bemächtigung, welchen man den Zustand der fortgesetzten Bemächtigung nennen kann, darf nicht ohne den Schutz des Rechts bleiben; der Wille der Bemächtigung hat sich bereits thatsächlich geäußert; daher erscheint in Rücksicht auf alle Dritten das in die Leitung gefasste Wasser als bereits occupirt; der Leitende hat das ausschliessliche Recht, die begonnene Occupation zu Ende zu führen ¹⁾.

¹⁾ Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei Puchta, Instit., Bd. 2, § 223. Es soll nämlich die Meeresküste von den römischen Juristen deswegen *populi Romani* genannt worden sein, »um das Recht einer andern Nation, von der Möglichkeit der Aneignung eines

Dieser Mittelweg würde die Schwierigkeit, die aqua ducta entweder für Eigenthum oder dann für Gemeingut zu erklären, anscheinend ziemlich geschickt umgehen; allein er kann nicht befriedigen, stösst auch auf handgreifliche Inconvenienzen, sobald es sich um aqua ducta handelt, die nicht aus aqua profluens, sondern aus stehendem, eigenthümlichem Wasser abgeleitet ist. Man denke sich z. B., dass Jemand Wasser aus einem auf seinem Grundstück befindlichen Quellbecken nach seinem ebenda stehenden Haus leitet; hier lässt sich doch nicht etwa auseinandersetzen: Das Wasser ist, bevor es in die Mündung der Leitungsröhre eintritt, Eigenthum; sowie es aber in diese hineindringt, tritt es aus dem Eigenthum heraus und kehrt erst dadurch, dass es am andern Ende der Röhre ausläuft und aufgefangen wird, in dasselbe zurück, nachdem es auf dem Weg bis dahin eine allmälige, immer zunehmende Rückbemächtigung durchgemacht hat. Nach dieser Auffassung müsste das Wasser im Moment des Hineintretens in die Leitung zugleich frei und unfrei werden, zugleich aus dem alten Eigenthum heraustreten und den Anfang zur Rückkehr in dasselbe machen! Ein ebenso sonderbarer, jeder unbefangenen Anschauung widersprechender Interimszustand würde in allen denjenigen Fällen supponirt

Stücks durch Bauten Gebrauch zu machen, auszuschliessen«. Für richtig halte ich aber, dass die Römer blos die politische Beherrschung, die Territorialhoheit einer andern Nation als solcher, nicht aber den privaten Rechtserwerb der Mitglieder einer andern Nation als privater Rechtssubjecte ausschliessen wollten. — Als eine Verwechslung des privatrechtlichen und des staatsrechtlichen Gesichtspuncts ist es wohl auch zu betrachten, wenn von Neuern vielfach die Lehre aufgestellt wird, Auswärtige seien nicht berechtigt, die Adespota sich zuzueignen. So z. B. Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes (1831), § 336 u. § 337, III. Rotteck und Welcker, Staatslexicon, Bd. 6, »herrenlose Sachen«, p. 687.

werden müssen, wo Jemand Wasser, das bis jetzt einem Dritten gehörte, für sich ableitet. Mit dem Satz also, dass jedes in continuirlicher Fortbewegung begriffene Wasser des Eigenthums unfähig sei, ist nicht auszukommen; man muss, um zu richtigen und natürlichen Resultaten zu gelangen, entschieden mit ihm brechen und anerkennen, dass nicht das Moment der Bewegung schlechthin, sondern nur das Moment der freien, ungefangenen Bewegung für die Eigenthumsunfähigkeit entscheidet. Mit dem Moment des Eintritts in die obere Leitungsmündung wird das Wasser der freien Strömung entzogen und tritt in privatrechtliche Gefangenschaft ein; die Gelegenheit zur Fortsetzung des Laufs am Ende der Leitung ist abgeschnitten, die ganze Wassermasse ist ihrer Substanz nach in der Gewalt des Leitenden befindlich. Wollte man behaupten, dass Eigenthum um der zwischen dem Anfangs- und Endpunkt der Leitung stattfindenden Bewegung willen unmöglich sei, so dürfte man die Consequenz nicht scheuen, auch das vom Wind erregte stehende Wasser im Moment der Bewegung für ausser dem Eigenthum stehend zu erklären. Hat das Wasser die naturalis laxitas verloren, wie dies mit dem Eintritt in die Leitung ohne Zweifel der Fall ist, so lässt es sich mit dem wilden Eber vergleichen, der in der Schlinge zwar nicht seine freiheitliche Neigung, wohl aber die freie Bethätigung derselben eingebüsst hat. Herbeiziehen kann man auch die L. 5, § 1 de a. r. d. 41, 1; danach ist Trebatius der Ansicht, ein wildes Thier, das so schwer verwundet sei, dass es dem Jäger nicht mehr entgehen könne, müsse bereits als dessen Eigenthum betrachtet werden, vorausgesetzt, dass er von der Verfolgung nicht abstehe; die meisten Juristen dagegen nehmen Eigenthum erst nach der wirklich erfolgten captio an, weil vor derselben noch allerlei Ver-

hinderungen eintreten können (quia multa accidere possunt, ut eam — feram bestiam vulneratam — non capiamus). Also die definitive captio begründet Eigenthum; diese ist so lange als nicht vorhanden anzunehmen, als noch vielerlei Möglichkeit des Entgehens vorliegt; dies trifft bei dem in die Leitung gefassten, mit physischer Nothwendigkeit von selber der Ausmündung zutreibenden Leitungswasser nicht zu; die captio vollzieht sich hier mit dem Fassen in die Leitung. Dabei macht es keinen Unterschied, wie die Leitung angelegt ist: ob eine einfache, in den Boden gegrabene Rinne oder ob ein besonderes Material, in oder über den Boden gelegt, dieselbe ausmacht, ferner, ob dieses Material das Leitungswasser allseitig umschliesst oder ob die obere Seite offen gelassen ist; die definitive captio ist in allen Fällen, wenn nur der freie Ausweg am Ende der Leitung fehlt, dieselbe; dass durch besondere Zufälle (schlechten Verschluss der Leitung, Entwendung etc.) Wasser abhanden kommen kann, bevor es am Ende der Leitung zur Verwendung kommt, kann so wenig die Thatsache des durch die captio am obern Leitungsende geschehenen Eigenthumserwerbs verwischen, als der Begriff des Eigenthums in andern Fällen dadurch aufgehoben wird, dass es vielerlei Gefährlichkeiten ausgesetzt ist. Gewiss ist daher L. 35, § 1 de furtis 47, 2 auch auf Leitungswasser zu beziehen: Si unus servus tuus hausisset¹⁾ et abstulisset, alter hauriendo deprehensus esset, prioris nomine nec manifesti, alterius manifesti tene-

¹⁾ Dirksen, Manuale latinitatis, gibt hier dem haurire die Bedeutung von colligere, bezieht also wohl die ganze Stelle auf das furtum an trennbaren res fundi (Feldfrüchte, Steine, Sand, Kreide etc.), wovon in L. 25, § 2; L. 52, § 8; L. 57 eod. die Rede ist. Diese Bedeutung von haurire wäre aber ganz singulär, und es ist durchaus kein Anhalt dafür vorhanden, sie hier zu unterstellen.

beris, und es ist mehr als blosser Phrase, wenn die citirte L. 4 Cod. de aquaed. 11, 43 von furtivis aquarum meatibus redet. Ein furtum an geleitetem Wasser wird übrigens auch dann als möglich angenommen werden müssen, wenn man dem Leitenden an dem in der Leitung laufenden Wasser noch nicht Eigenthum, sondern erst ein ausschliessliches Occupationsrecht zuschreibt; denn eine gewinnsüchtige, fraudulöse Vermögensschädigung ist auch dann denkbar. Für den Fall allerdings, wo Jemand das Wasser aus der Leitung, blos um den Leitenden zu schädigen, einfach auslaufen lässt (etwa durch Anbohren der Leitungsröhren), muss man zugeben, dass nur eine actio in factum auf Schadenersatz, wie im Fall des gefangenen und von einem Dritten in Freiheit gesetzten wilden Ebers in L. 55 de a. r. d. 41, 1, daneben möglicherweise auch noch die actio legis Aquiliæ (wegen Schädigung des Fassungsmaterials) und das interdictum quod vi aut clam eintreten kann.¹⁾ Ganz unzutreffend aber ist es, mit dem Fall, wo Jemand das gefangene Wasser (sei es nun in Röhren etc. oder in einem Bassin gefangen) heraus- und sich selber zuleitet, das Freilassen eines gefangenen Ebers auf gleiche Linie zu setzen; dem gleich steht es vielmehr, wenn Jemand das gefangene Thier, statt es freizulassen, in seine eigene Gefangenschaft mit fortschafft.

¹⁾ Elvers (Themis, N. F., Bd. 1, »über Romagnosi's Schriften vom Wasserrecht«, ein Anhang zu der vorhergehenden Abhandlung »über das Recht des Wasserlaufs«, p. 559—560) gibt dies nur bezüglich des aus einem Brunnen herausgelassenen Wassers zu. Das in der Leitung laufende Wasser taxirt er durchaus als »in seiner natürlichen Freiheit fliessendes Wasser«, also als aqua profluens, wozu freilich alles, was er früher über Wasserleitungsrechte gesagt hat, sehr schlecht passt. Immerhin begreift es sich noch eher,

Ob auch der deutschrechtliche Begriff des Diebstahls auf das geleitete Wasser in Anwendung gebracht werden kann, ist eine Frage, die im Allgemeinen entschieden zu bejahen ist (der Vorwurf der Werthlosigkeit des Wassers ist jedenfalls unzutreffend); im Einzelnen wird es sich, wie bei andern im Eigenthum befindlichen Sachen und, um das Nächstliegende zu nehmen, wie bei stehenden Gewässern, darum handeln, ob das Erforderniss des fremden Gewahrsams in dem vom Strafrecht verlangten Umfang erfüllt sei; eine stundenlange und dabei offene Leitung wird man z. B., obgleich im Sinn des Civilrechts der Gewahrsam mit der Gefangenheit in der Leitung durchaus hergestellt ist, nur bis zu einem gewissen Punkt als im Gewahrsam des Leitenden befindlich ansehen dürfen. Allgemeine Normen lassen sich hier

dass dem sich fortbewegenden Leitungswasser *aqua profluens*-Qualität zugeschrieben wird, als folgende, von Elvers aus der *aqua profluens*-Qualität des Leitungswassers abstrahirte, absonderliche Behauptung: »An dem im Brunnen gefangenen lebendigen Wasser kann freilich, wie an anderweitigen trennbaren *res fundi*, ein *furtum* begangen werden, aber nicht durch blosses Ableiten, sondern nur durch Schöpfen, vorausgesetzt, dass es dabei an dem *animus furandi* nicht fehlt.« Weil das Wasser durch Ableitung in freien Fluss komme, so könne auch dann, wenn Jemand Brunnenwasser in einem künstlich gemachten Rinnsal auffange und sich zuführe, kein *furtum* angenommen werden. Also die Art und Weise, wie Einer das Wasser heraus- und fortschafft, soll über den Begriff des *furtum* entscheiden. (Am Ende müsste auch derjenige, der heimlicher Weise ein fremdes Fass Wein abzapft, vom *furtum* freigesprochen werden, weil der Wein einen Moment lang läuft!) Das heisst ungefähr: wer die Entwendung im Grossen betreibt, ist kein Schelm; wer aber, statt sich eine bequeme Leitung anzulegen, hin und wieder ein kleines Quantum, so viel als er eben tragen kann, herausschöpft, der mag sich in Acht nehmen. Selbst dann, wenn wirklich das abgeleitete Wasser um seiner Bewegung willen interimistisch *aqua profluens* wäre, müsste der, welcher die

durchaus nicht aufstellen; die natürliche Anschauung des Richters muss jedesmal den Ausschlag geben.

Eigenthümer des Leitungswassers ist derjenige, welcher jeweilen das Recht zur Benutzung der Leitung hat; haben Mehrere zusammen das Recht, die Leitung zu benutzen, so theilen sie sich entweder mensuris oder dann temporibus. Im ersten Fall ist das Wasser bis zur geschehenden physischen Theilung ihr Miteigenthum nach Verhältniss ihrer (auf ein bestimmtes Mass gestellten) Ansprüche, im zweiten ist es alleiniges Eigenthum je desjenigen, der an dem betreffenden Tag oder um die betreffende Stunde das ausschliessliche Recht hat, die Leitung zu benutzen. Falsch ist es, dem Eigenthum am durchleiteten Boden oder gar an dem Leitungsmaterial irgend welchen Einfluss auf das Wasser-

Ableitung animo furandi vornahm, doch als fur behandelt werden, weil er derjenige ist, der diesen Zustand des Fliessens widerrechtlich zum Schaden des Wassereigenthümers herbeigeführt hat und daraus den Vortheil zieht. Das Strafrecht wird nach dem Resultat der verbrecherischen Handlung fragen. Nach der richtigen Auffassung ist die Apprehension durch den Ableitenden schon in dem Moment vollzogen, wo das Wasser in die obere Mündung des furtivus aquarum meatus eintritt, indem es schon dannzumal als in dessen Gewalt befindlich erscheint. Es tritt daher gar nicht aus dem alten Eigenthum heraus, hat keinen Augenblick aqua profluens-Qualität. — Auf die Bemerkung von Elvers, »das in künstlichen Rinnsalen fliessende Wasser könne so wenig in unserm Eigenthum oder Gewahrsam sein, als das in natürlichen, da hieraus nicht nothwendig eine Bemächtigung des Wassers hervorgehe«, ist zu entgegnen, dass dies, angenommen, das Fassen in die Leitung sei noch keine Bemächtigung, etwas Weiteres bezüglich der Entwendung mittelst Ableitung nicht heisst als: diese kann auch im Stadium des Versuchs (bei Privatdelikten, wozu das furtum gehört, bekanntlich straflos) stehen bleiben; für den Fall, wo die Bemächtigung (im Elvers'schen Sinn) wirklich vollzogen ist, wird die Möglichkeit, dass sie auch hätte vereitelt werden können, nicht geltend gemacht werden wollen.

eigenthum einzuräumen. Ersteres thut z. B. Hesse; er sagt p. 212: „Das auf meinem Grundstück selber geleitete Wasser, sei es aus einer darauf befindlichen Quelle, oder aus einem daneben laufenden Gewässer, ist, je nachdem es in der Erde oder in Röhren über der Erde geleitet wird, portio fundi oder Pertinenz des Grundstücks, jedenfalls mein Eigen“; p. 213: „Das Wasser, welches ich über ein fremdes Grundstück auf das meinige leite, kann zwar nach strengem Rechte nicht mein Eigenthum genannt werden, wohl aber habe ich ein privates, ausschliessliches Recht daran.“ Danach müsste wohl, obgleich Hesse dies nicht geradezu heraussagen will, überhaupt alles auf einem Grundstück geleitete Wasser eigentlich als Eigenthum des Bodeneigenthümers angesehen werden, uneigentlich aber das jure servitutis darauf geleitete Wasser als Eigenthum des Leitungsberechtigten. Natürlich lässt sich mit einer solchen Art Doppel-eigenthum nicht auskommen. Es liegt aber auch nach strengem Recht gar kein Grund vor, mit der Ansicht zurückzuhalten, dass alles geleitete Wasser, sei die Leitung wo sie wolle, Eigenthum des Leitungsberechtigten sei. Denn nicht nur, dass der Satz: superficies cedit solo, schon hinsichtlich des Leitungsmaterials, worin das Wasser gefasst wird, durchbrochen ist¹⁾, sondern es könnte auch dann, wenn das Lei-

¹⁾ L. 27, § 32 ad leg. Aqu. 9, 2: Si quis aquæductum meum diruerit, licet cæmenta mea sunt, quæ diruta sunt, tamen, quia terra mea non sit, qua aquam duco, melius est dicere, actionem utilem dandam. Vgl. auch L. 13 si servit. vind. 8, 5; L. 47; L. 48; L. 49; L. 78 pr. de contr. emt. 18, 1; L. 15 de act. emti 19, 1; L. 30, § 1 de damno inf. 39, 1. Einigermassen freilich erinnern sich die Römer stets daran, dass das gesonderte Eigenthum am Leitungsmaterial den Grundsätzen von Superficies und Pertinenz widerstreitet; dies spricht sich in der utilis actio legis Aquiliæ der

tungsmaterial wirklich jenem Grundsatz unterläge, doch hinsichtlich des durchgeleiteten Wassers von der Geltung desselben nicht die Rede sein, weil das Leitungswasser nur ganz leicht und flüchtig den durchleiteten Boden berührt, also der natürliche Begriff von superficies auf dasselbe überhaupt nicht zutrifft. Ebenso gut müsste man dann auch die *fera bestia* als superficies je desjenigen Grundstücks bezeichnen, auf dem sie sich gerade bewegt. Bei langen Leitungen würde das Wasser auf diese Weise vielleicht hundertmal den Eigenthümer wechseln, bis es endlich auf seinem Bestimmungsgrundstück anlangte¹⁾. Noch viel weniger jedoch

citirten L. 27, § 32 und in dem Ausdruck der letztangeführten L. 30, § 1 de damno inf. 39, 2: *quodammodo de re sua cavet*, deutlich aus. Elvers widerspricht auf p. 562 seiner eigenen, auf p. 459 gethanen Aeusserung, die *fistulae* gehören dem Eigenthümer des *praedium dominans*, nicht des *praedium serviens*. Dass er auf p. 460 hinsichtlich der Leitungen *per lapidem*, also der steinernen, gemauerten Aquäducte, den Satz: *superficies cedit solo*, will in Kraft treten lassen, ist falsch. *Cæmentum* (s. L. 27, § 32 cit. ad leg. Aqu. 9, 2) heisst Bruch- oder Mauerstein; also gerade hinsichtlich jener Leitungen *per lapidem* ist das Cessiren des angezogenen Grundsatzes ausgesprochen. Auf Leitungen *per lapidem* deutet ferner auch der in L. 49 cit. de contr. emt. 18, 1 gebrauchte Ausdruck *canales*. Vom *castellum* ist die Zugehörigkeit zum *praedium dominans* ausdrücklich festgestellt in L. 78 pr. cit. eod. — Man kann die aus dem herrschenden Grundstück in das dienende hineinragende Leitung etwa dem in die Nachbarwand eingelassenen Balken oder dem auf des Nachbars Wand reichenden Gebäudetheil (*servitute tigni immittendi* und *servitute oneris ferendi*) vergleichen, der ebenfalls trotz des Hineinragens in das nachbarliche Eigenthum dem Eigenthümer des *praedium dominans* zugehört.

¹⁾ Auch reimen sich die schon citirten Stellen, welche dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks jedes Recht der Wasserbenutzung *ex rivo* absprechen, schlecht zur Annahme des Wassereigenthums (s. L. 2 de rivis 43, 21; L. 33, § 1, und auch L. 24 de servit. pr. r. 8, 3). Man kann nicht entgegenen, es sei bei der Servi-

als vom Eigenthum am durchleiteten Boden hat man die Zugehörigkeit der aqua ducta vom Eigenthum am Leitungsmaterial abhängig zu machen, nicht nur deswegen, weil der Einfluss der Röhren etc. auf das Wasser nach Verwerfung eines Einflusses des Bodens ohne höchste Inconsequenz nicht zugegeben werden kann, sondern namentlich auch deswegen, weil damit kein ausreichendes Princip aufgestellt wäre: sehr viele Leitungen sind einfach in den Boden gegraben, so dass besonderes Leitungsmaterial fehlt; hier würde man von dem Princip einfach im Stich gelassen. (Sehr frappant wird man von Romagnosi, a. a. O., p. IX der Einleitung, auf die kleinen Zufälligkeiten hingewiesen, von denen das Wassereigenthum abhängig wäre, falls man überhaupt das Eigenthum am Gefäss entscheiden liesse, wenn er hinsichtlich des eigenen Weins, den man in seinem Keller in ein geliehenes Fass füllt, fragt, ob man daran, weil der Behälter einem Andern zustehe, nicht ausschliessenden Besitz — soll heissen: Eigenthum — habe.) Der Grundsatz dagegen, dass die Substanz des geleiteten Wassers mit dem Moment des Einmündens in die Leitung Eigenthum desjenigen ist, der um diese Zeit das Recht zur Benutzung der Leitung hat, reicht für alle Fälle aus, mag man nun

tutbegründung auch das ausschliessliche Wassernutzungsrecht eingeräumt worden; denn nie und nimmer ist beim Constituiren eines Leitungsrechts über ein zwischenliegendes Grundstück von Servitutbegründung am Wasser, sondern immer nur von Servitutbegründung am zu durchleitenden Boden die Rede. Um für den Eigenthümer des prædium serviens eine Wasserbenutzung zu erlangen, braucht es nach L. 33, § 1 cit. besonderes pactum vel stipulatio; wäre er Eigenthümer des durchgeleiteten Wassers, so hätte er das nicht nöthig, sondern würde einfach die Servitut an seinem Wasser dem Andern in beschränktem Umfang bestellen.

jure proprietatis auf eigenem oder jure servitutis auf fremdem Boden leiten, und mag im letztern Fall die Servitut Personal-¹⁾ oder Realservitut und, wenn Realservitut, Urbanal-²⁾ oder Prädialservitut sein.

Das geleitete Wasser selbst kann, als eine im Eigenthum stehende Sache, wie andere Sachen verkauft, verschenkt, verpfändet werden. Wohl zu trennen aber von der Veräusserung und Verpfändung der Wassersubstanz ist die Veräusserung und Verpfändung des Wasserleitungsrechts. Ist dasselbe Personalservitut, so ist eine Veräusserung und Verpfändung desselben, soweit eben seine Ausübung übertragbar ist, nicht ungedenkbar. Ist es dagegen Realservitut (und das ist im R. R. der bei weitem häufigere Fall), so kann eine selbständige Veräusserung und Verpfändung (mit Abtrennung vom herrschenden Grundstück) nicht vorgenommen werden. Was L. 12 de pignor. 20, 1 betrifft (: Sed an viæ, itineris, actus, aquæ ductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut, si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — scilicet si fundum vicinum habeat — et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat; quæ sententia propter utilitatem contrahentium

¹⁾ L. 1 de usu et usufr. 33, 2 (interessant ist diese Stelle dadurch, dass sie zeigt, auf was für Wegen die förmliche Anerkennung der Möglichkeit vermieden wurde, Servituten, die sonst nur real constituirt wurden, personal zu constituiren); L. 1, § 11; L. 3 pr. de aqua quot 43, 20.

²⁾ L. 11, § 1 de publ. 6, 2; L. 47; L. 48; L. 49 de contr. emt. 18, 1; L. 1, § 11 de aqua quot. 43, 20; L. 6 Cod. de aquæd. 11, 43. Damit ist der Zweifel Niebuhrs (zu Romagnosi, a. a. O., p. XIV—XV der Einleitung) daran, dass es auch einen aquæductus als jus prædiorum urbanorum gebe, widerlegt.

admittenda est), so ist diese Stelle von einer erst zu constituirenden servitus aquæductus (viæ etc.) zu verstehen, und zwar so, dass dem unbezahlten Gläubiger, der ein prædium vicinum hat, vom Schuldner die Befugniss ertheilt wird, bei nicht rechtzeitiger Zahlung einem ebenfalls ein prædium vicinum Besitzenden die Servitut der Wasserleitung an seinem (des Schuldners) Grundstück zu verkaufen, d. h. zu bestellen, und in der Zwischenzeit selber den Inhalt der (noch unbestellten) Servitut auszuüben, sich also vorläufig in die juris quasi possessio derselben zu setzen ¹⁾).

So viel über die Natur des geleiteten Wassers; um dessen gänzliche Verschiedenheit von der aqua profluens in ein recht helles Licht zu setzen, war es nothwendig, auch positiv dessen Zugehörigkeit zu erörtern, und es musste zu diesem Zweck der Besprechung der aqua ducta ein verhältnissmässig bedeutender Raum gewährt werden.

Ist bis jetzt der Begriff der aqua profluens ganz ohne Beziehung auf den Staat betrachtet worden, so hat der folgende Abschnitt die Stellung, welche der letztere dazu einnimmt, zu bezeichnen.

¹⁾ So auch Elvers, a. a. O., p. 562, gegen Romagnosi, a. a. O. p. XIV ff. der Einleitung. Ueber die sehr abweichenden Auffassungen vgl. Vangerow, Pand. § 367, II, 1, und dazu aus der neuesten Zeit Göppert, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 49, p. 305 ff.

B. Fliessendes Wasser mit Hinsicht auf den Staat.

Die *res communes omnium* sind nach der vorigen Ausführung *jure naturali* allen Menschen in der Weise gemeinsam, dass Jeder einen ganz beliebigen, unbeschränkten Gebrauch davon zu machen befugt ist. Gegenüber der unverhältnissmässig starken Benutzung Einzelner haben die Andern an sich keine bessere Vertröstung, als die natürliche, welche in der ungemessenen Fülle dieser Dinge liegt. Trotz der Unerschöpflichkeit der Gattung ist nun aber bei gewissen *res communes omnium* die Gefahr vorhanden, dass deren doch so nothwendiger Genuss Vielen geradezu unmöglich gemacht wird. Wenn z. B. in einer wasserarmen Gegend das einzige stets fliessende Gewässer von einigen Grundherrs, deren Eigenthum zu beiden Seiten liegt, die also auf dieser Strecke allein die rechtliche Möglichkeit haben, zum Wasser hinzukommen, vollständig verbraucht würde, so bliebe zwar anderweitig noch eine Masse fliessenden Wassers übrig, welche, zur Stelle gebracht, die Bedürfnisse der Gegend reichlich befriedigte. Das fliessende Wasser, überallher zusammengekommen, würde einen Vorrath bilden, der, auf alle Einzelnen nach Verhältniss des Bedarfs vertheilt, bei Jedem noch starken Ueberschuss erzeugte. Allein dieser anderweitige Vorrath hilft denen, die fern davon sind, nichts, weil er sich nicht herschaffen lässt; er ist für sie so gut als gar nicht vorhanden. Dieser gänzliche Ausschluss irgend eines Menschen vom Genuss der Dinge, welche doch, um für Alle auszureichen, in solcher Masse geschaffen und zugleich für das Leben unentbehrlich sind, ist gegen den Willen der Natur; wo ein rechtlich geordnetes Zusammenleben von Menschen besteht, da muss darauf hingewirkt werden, dass der Genuss derselben allen

Einzelnen erhalten bleibt. Darin liegt die Bedeutung der *res communes omnium* für den Staat, dass er vom natürlichen Recht, dessen Willen zu verwirklichen hier zugleich dem Interesse seiner Selbsterhaltung und Förderung entspricht, darauf angewiesen ist, deren Genuss durch geeignete Schutzmassregeln seinen Gliedern zu sichern (während er auf einen Schutz der *res nullius* schlecht-hin vom natürlichen Recht nicht hingeleitet wird und ohne Gefahr um dieselben unbekümmert bleiben darf). Durch die staatliche Vorsorge für die Verwirklichung des natürlichen Rechtswillens nehmen die *res communes omnium* den Character der *Publicität* an, und die Römer betrachten diese vom Staat dem Willen des *jus naturale* gezollte Beachtung als im *jus gentium* (*quod peræque apud omnes gentes custoditur*), d. h. als in der den Staat beherrschenden und tragenden *naturalis ratio* begründet. Für ganz unnöthig scheinen sie eine Sorge des Staats bloß hinsichtlich der Luft gehalten zu haben, weil diese auch durch den rücksichtslosesten Gebrauch Einzelner nie und nirgends den Andern entzogen werden kann. Dagegen unterstellen sie das Meer ¹⁾ mit seinen Küsten durchaus und das fließende Wasser wenigstens unter gewissen, nächstens zu erörternden Voraussetzungen der staatlichen Obhut, soweit sich ihr politisches Machtgebiet erstreckt. Hiemit ist das *Correctiv* des unbeschränkten *usus communis* geschaffen, welcher ohne

¹⁾ Elvers, p. 517, macht darauf aufmerksam, dass das neuere europäische Völker- und Seerecht hinsichtlich der *Publicität* des angrenzenden Meers mit dem *R. R.* übereinstimmt. Jacobsen, *Seerecht des Friedens und des Kriegs in Bezug auf die Kauffahrteischifffahrt* (1815), p. 580 ff. Zu weit geht Joannes Seldenus, *mare clausum sive de dominio maris*, gegenüber Hugo Grotius, *mare liberum*, und: *de jure belli et pacis* (II, cap. 2, num. 3).

das Dazwischentreten des Staats zu Ausschreitungen aller Art einladet und Collisionen zwischen den ihr natürliches Recht Ausübenden herbeiführt. Dies auf alle Weise zu verhüten, Allen die Ausübung ihrer natürlichen Rechte gegenüber Rücksichtslosigkeit der thatsächlich günstiger Gestellten zu ermöglichen, auch positiv die gemeine Gebrauchsfähigkeit der *res communes* zu erhalten und zu erhöhen (Flusscorrectionen, Errichtung von Kanälen und Schleusen u. dgl.) — diese Aufgabe des Staats¹⁾ kann nun natürlich bloss so erfüllt werden, dass der Staat von Jedem gewisse Opfer seiner individuellen Freiheit verlangt. Die *res communes omnium jure naturali* heissen, insofern sie unter die Obhut des Staats genommen sind, *res publicae jure gentium*²⁾; der demzufolge staatlich überwachte und vielfach moderirte *usus* heisst nicht mehr *communis*

¹⁾ Nur dem Staat, nicht etwa auch den Gemeinden kann diese Aufgabe zufallen; wäre die schützende Regelung des Gemeingebrauchs keine einheitliche, systematisch zusammenhängende, so hätte sie auch keinen Werth.

²⁾ Den Gegensatz zu den *res publicae jure gentium* bilden die *res publicae jure civili*, d. h. diejenigen ausser dem Eigenthum von Privatpersonen stehenden Sachen, deren gemeiner Gebrauch nicht schon nach natürlichem Recht besteht und daher nach übereinstimmendem Recht aller Völker den Staatsschutz geniesst, sondern erst nach besonderer Rechtsbestimmung des einzelnen Staats. Verwirrend ist die Ausdrucksweise Börners (p. 173): »eine *res communis omnium jure gentium* und daher eine *res publica*.« Noch stärker wird die Verwirrung p. 182 f., wo er von *res publicae jure naturali jure gentium* redet und den *res publicae jure naturali* die *res publicae jure civitatis* (sollte heissen: *jure civili*; vgl. oben p. 36, Anm. 2) gegenüberstellt. Wenn es sich um den Unterschied zwischen *res communes* schlechthin und *res publicae* und hinwieder um eine Unterscheidung innerhalb der *res publicae* handelt, müssen vor Allem aus *jus naturale*, *jus gentium* und *jus civile* scharf auseinander gehalten werden.

(jure naturali), sondern publicus (jure gentium). Hienach ist der usus publicus an der Publicität unterstellten res communes omnium nichts Anderes, als der usus communis innerhalb des Staats und der von ihm auferlegten Einschränkungen. Gewisse Gebrauchsarten freilich sind ungeeignet, den gemeinen Gebrauch zu gefährden, und erleiden daher innerhalb des Staats auch bei Sachen, die der Publicität unterliegen, keine Beschränkung. Man bezeichnet diese Gebrauchsweisen etwa zusammenfassend als usus innoxius. Es hat nun weiter nichts auf sich, den usus innoxius an res communes, die unter Publicität stehen, wegen seiner Ununterschiedenheit von dem aller Einschränkung baaren usus communis an res communes, welche den Staatsschutz nicht aufrufen, schlechthin ebenfalls als usus communis zu bezeichnen; nur darf man damit nicht (wie Hesse, p. 205—206) die Meinung verbinden, dieser als communis bezeichnete usus sei noch kein usus publicus, an derselben Sache also bestehe einerseits, für die niedern Gebrauchsarten, ein usus communis, anderseits, für die bedeutendern, ein usus publicus, und der Unterschied liege darin, dass jener allen Menschen, dieser nur allen Bürgern verstattet sei (Hesse, p. 185). Der usus communis beruht auf natürlichem Recht, und die hienach allen Menschen zustehende Befugniss wird durch die jure gentium erfolgende Reception gewisser res communes unter die Staatsobhut nicht auf die Bürger eingeschränkt; es ist, so viel mir bekannt, nirgends ausgesprochen, dass ein Nichtbürger von irgend einer Gebrauchsart der unter Publicität gestellten res communes ausgeschlossen sei (auch nicht etwa indirect, indem darauf hingewiesen wäre, es stehe ihre Benutzung jure civitatis, kraft des Staatsbürgerrechts, zu, wie dies hinsichtlich der loca publica, die erst jure civili

dem öffentlichen Gebrauch dienen, in L. 2, § 2 ne quid in l. p. 43, 8 gesagt ist); überall heisst es, dass jeder Beliebige sie, soweit der Gemeingebrauch nicht gehindert werde, zu nutzen berechtigt sei ¹⁾. Allerdings wird auch bei den erst jure civili dem öffentlichen Gebrauch hingegebenen Sachen die Benutzung factisch nicht auf die Bürger eingeschränkt; der innere Unterschied ist aber, dass hier die Nichtbürger kein Recht ausüben, weil ein solches erst geschaffen werden müsste, während bei den res communes omnium, seien sie nun unter Publicität gestellt oder nicht, der Fremde als zur Benutzung schon jure naturali befugt erscheint. Die Bezeichnung des usus communis als publicus in den Fällen, wo er unter staatliche Obhut genommene res communes betrifft, hat also ihren Grund nicht sowohl darin, dass der Kreis der Gebrauchsberechtigten auf das Staatsbürgerthum, die zum populus Gehörigen, eingeengt wäre, als vielmehr darin, dass aus Rücksicht auf das Wohl seiner Angehörigen der Staat die-

¹⁾ S. z. B. L. 51 de contr. emt. 18, 1; L. 1, § 18 de operis n. n. 39, 1; L. 24 pr. de damno inf. 39, 2; L. 14 pr. de a. r. d. 41, 1; L. 3; L. 4 ne quid in l. p. 43, 8. Bemerkenswerth ist besonders die Ausdrucksweise von § 5 I. de R. D. 2, 1: Litorum [quoque] usus publicus juris gentium est, sicut ipsius maris; et ob id (um des usus publicus willen) quibuslibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiant, sicut retia siccare et ex mari reducere, auch § 2 eod.: Flumina [autem] omnia et portus publica sunt, ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. L. 5 pr. de D. R. 1, 8: Riparum usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere — cuiuslibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. — Dass der Staat die Fremden aus seinem Staatsgebiet überhaupt und damit auch von der Benutzung der darin liegenden res communes kraft seines imperium ausschliessen könnte, unterliegt ja übrigens keinem Zweifel.

selben in eine besondere, schützende Beziehung zu sich gebracht hat.

In Uebereinstimmung mit der Art und Weise des Schutzes bei *res publicæ*, die *jure civili* dem gemeinen Gebrauch dienen ¹⁾, gibt es auch zur Erhaltung der gemeinen Gebrauchsfähigkeit von *res communes jure gentium publicæ* gewisse Rechtsmittel, welche, den Bürgern zustehend, den Staat in seiner Ueberwachung unterstützen sollen. Auch sie kommen theils allen Bürgern, ganz abgesehen von specieller Schädigung, zu (*actiones populares, interdicta popularia*), theils dem speciell Geschädigten oder Bedrohten ²⁾. Nichtbürger, die in der Ausübung ihres natürlichen Rechts *direct* behindert werden, haben, wie in diesem Fall natürlich auch jeder Bürger, die *actio injuriarum*, ferner, wenn die fremde Vornahme ihre *Privatrechte* verletzt, selbstverständlich die gewöhnlichen *privatrechtlichen* Schutzmittel (*operis novi nuntiatio, actio negatoria* etc.); mit jenen *besondern* Rechtsmitteln aber können sie weder im öffentlichen noch im eigenen Interesse klagen, da man sie, als nicht zur Gesamtheit des Staats gehörig, auch nicht als *Repräsentanten* der Gesamtheit, um deren willen jener eigenthümliche Schutz eingeführt ist, betrachten kann: eine Verletzung der *Gesamtheit* trifft den *Fremden* nicht und ebenso wenig wird in ihm ein Theil der *Gesamtheit* verletzt.

Wir können also zusammenfassend sagen: Der *usus publicus* an *res communes omnium* ist der allen Menschen

¹⁾ S. oben p. 16—17

²⁾ S. z. B. oben p. 35 die gegen Vornahmen an Meer und Meeresküste zustehenden Rechtsmittel.

X
gemeine, vom Staat um seiner Bürger willen und mit deren Hülfe geschützte Gebrauch. Dass der Staat nicht als Eigenthümer der *res communes jure gentium publicæ* zu betrachten ist, wiewohl er sein *imperium* über sie in einer besonders intensiven Weise geltend macht, kann nach dem über die Natur der *res communes* Gesagten keinen Augenblick zweifelhaft sein. Rechte zu erwerben, die bei der natürlichen Beschaffenheit dieser Dinge überhaupt undenkbar sind, ist auch dem Staat unmöglich. Was im Besondern das fließende Wasser betrifft, so ist es ganz gleichgültig, ob man eine einzelne Wasserwelle oder die Gesamtheit eines Flusses von der Quelle bis zur Mündung betrachtet; mag man immerhin den Fluss um seiner sich stets gleich bleibenden äussern Erscheinung willen eine gewissermassen unbewegliche Totalität nennen: das in die Substanz eindringende Eigenthum, das durchaus ein festzuhaltendes, nicht ein zusehends unter den Händen wegschlüpfendes Object verlangt, vermag den Fluss im Ganzen so wenig, als die einzelne Wasserwelle zu erfassen. Dieser Mangel des Staatseigenthums widerspricht jedoch keineswegs der Publicität, weil dieser Begriff mit der Frage nach dem Eigenthum des Staats überhaupt nichts zu thun hat, wie früher einlässlich entwickelt worden ist.

Es wird sich jetzt im Speciellen hinsichtlich des fließenden Wassers noch um den Nachweis handeln, unter welchen Voraussetzungen dasselbe nach R. R. in jene besondere Beziehung zum Staat eintritt, die man Publicität nennt, und wie diese im Allgemeinen beschaffen ist.

Directer Aufschluss über die Frage, welche fließenden Gewässer eine nothwendige Beziehung auf den Staat haben, wurde mit Recht von jeher hauptsächlich in L. 1, § 1—3 de flumin. 43, 12 gesucht. Sie lautet: § 1. Flumen

a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. § 2. Item fluminum quædam sunt perennia, quædam torrentia; perenne est, quod semper fluat, *ἄενναος* [perennis], torrens, *ὁ χειμάρρους* [hyeme fluens]. Si tamen aliqua æstate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. § 3. Fluminum quædam publica sunt, quædam non; publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit; hæc sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Die Meisten haben diese Stelle folgendermassen verstanden: Der Fluss unterscheidet sich vom Bach durch seine Grösse oder, falls diese einen Zweifel übrig lässt, nach der landläufigen Anschauung. Die Flüsse nun (die rivi, Bäche, sind bereits ausgeschieden) sind dann publica, wenn sie das ganze Jahr hindurch fliessen, also aus nachhaltigen Quellen entspringen¹⁾. Zwar wurde diese Interpretation schon vor längerer Zeit mehrfach angefochten²⁾; allein die Gegner derselben verloren sich in

¹⁾ So Gesterding, Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 3, p. 60 ff. Funke, ebendas., Bd. 12, p. 275 ff. Schwab, ebendas., Bd. 30, Beilageheft, § 15 u. 20. Elvers, a. a. O., p. 428—429. Sintenis, Civilrecht, Bd. 1, § 40, Anm. 40.

²⁾ Bülow und Hagemann, practische Erörterungen, Bd. 1, p. 52. Kori, Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 18, p. 50, Anm. 42. Hofmann, Versuche in Bearbeitung des R. R., Heft 2, p. 2—3. Unterholzner, Schuldverhältn., Bd. 2, § 385, p. 160. — Bluntschli, deutsches Privatrecht (1853), § 75, p. 373, deutet die richtige Ansicht kurz an: »Die in natürlichem Gerinne fliessenden Flüsse und Bäche, welche weder schiffbar noch flössbar sind, werden nach R. R., wenn sie beständig fliessen, auch ohne schiffbar oder flössbar zu sein, von dem öffentlichen Rechte beherrscht.« Vgl. auch das von Bluntschli redigirte privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich, § 657: Seen, Flüsse und in der Regel auch die Bäche, soweit sich an denselben nicht ein hergebrachtes Privatrecht nachweisen lässt, sind Gemeingut.

anderweitige Fehler und konnten daher der richtigen Ansicht nicht zum Durchbruch verhelfen. Erst B ö r n e r hat im Archiv für die civilist. Praxis (Jahrgang 1858), Bd. 38, p. 149 ff. und 359 ff. eine „Revision der neuern Lehren von der Zugehörigkeit der beständig fliessenden Gewässer nach römischem und deutschem Rechte“ vorgenommen, welche, die frühern unrichtigen und auch die halbrichtigen Ansichten über die angeführte Stelle eingehend widerlegend, geeignet ist, in dieser vielbestrittenen Lehre endlich einmal den richtigen Gesichtspunkt zur Herrschaft zu bringen und damit der Klage eines H e r i n g ¹⁾: Tot involucris totque mæandris juris interpretes hanc materiam obnubilatam lectoribus reliquerunt, ut vix adpareat, cui parti sit adhærendum, ihre Berechtigung abzuschneiden. B ö r n e r legt die Stelle dahin aus, dass alle beständig fliessenden Gewässer, seien sie gross oder klein, als flumina publica behandelt werden ²⁾. Dass Ulpian, von dem die Stelle herrührt, nach der Grösse und nöthigenfalls nach der Meinung der Umwohnenden rechtlich habe scheiden wollen zwischen Fluss und Bach, darf man nicht annehmen; wohl muss man es mit B ö r n e r für eine Unmöglichkeit erklären, „so weitgreifende Rechtsbegriffe durch so durchaus unklare Kennzeichen bestimmen zu können, gerade so, als wollte man die Begriffe von Kauf und Verkauf nach grossen und kleinen Häusern festsetzen“. Hätte Ulpian wirklich auf so vage

¹⁾ Hering, Tract. de molendinis, qu. 15, Nr. 1.

²⁾ Schon Bartolus (consilia, quæstiones et tractatus Bartoli cum additionibus novis), tract. de fluminibus, seu Tiberiadis, fol. 105, verb. Flumen, redet nur von flumina publica und flumina privata (rivi werden gar nicht erwähnt) und definirt ganz einfach: flumina publica sunt, quæ perpetua sunt.

Merkmale abgestellt, so würde er sich dann wenigstens im Gebrauch der die beiden Klassen bezeichnenden Worte *flumen* und *rivus* gleichgeblieben sein, nicht z. B. im selben liber 58 ad edictum (L. 1, § 4 ne quid in fl. p. 43, 13) und im liber 70 ad edictum (titulus de rivis 43, 21, besonders L. 1, § 2: *rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat etc.*) *rivus* ohne Weiteres im Sinn „Leitungsgraben“, „Canal“, gebraucht haben, d. h. in der Bedeutung, welche das Wort im corpus juris sonst beinahe ausnahmslos hat¹⁾. *Festus*, de verbor. signif., definirt: *Rivus vulgo appellatur tenuis fluor aquæ, non spe consiliove factus, verum naturali suo impetu* (ganz, was wir im gemeinen Sprachgebrauch „Bach“ nennen). *Sed ii rivi dicuntur* (nämlich technisch und juristisch), *qui manufacti sunt*. Also weder nach *Ulpian*s eigem noch nach dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch darf angenommen werden, dass in jener Stelle, wo *rivus* offenbar den vulgären Sinn „Bach“ hat, eine juristische Scheidung habe gemacht werden wollen. Ferner ist es eine, wenn auch nicht gerade singuläre, so doch durchaus nicht regelmässige Bedeutung von *flumen*, welche in L. 1, § 1 cit. vorkommt. *Börner* hat ausführlich die verschiedenen Bedeutungen dieses Worts nachgewiesen (p. 165—169); das Resultat seiner Untersuchung ist:

Flumen ist 1. ursprünglich (nach seiner Abstammung

¹⁾ Z. B. L. 11 comm. præd. 8, 4; L. 12; L. 16 quemadm. serv. am. 8, 6; L. 52, § 12 pro socio 17, 2. In L. 7, § 4 de a. r. d. 41, 1 hat *rivus* einmal die Bedeutung »Flussarm«; in L. 6 fin. reg. 10, 1 ist *rivus privatus* nicht etwa ein im Privateigenthum befindlicher Bach, sondern eine im Privateigenthum stehende Wasserleitung, gegenüber *flumen* in L. 5 eod., das dort ganz allgemein ein stets fliessendes und daher öffentliches Gewässer bezeichnet.

von fluere) das Fliessende, namentlich das fliessende Wasser, id quod fluit, aqua fluens¹⁾, der Wasserfluss; 2. Wasser mit dem Nebebegriff des durch die Macht seiner Strömung wirkenden Elements; 3. ein beliebiger Wasserzufluss, namentlich von Regenwasser; 4. ein fliessendes Gewässer, namentlich, ohne Rücksicht auf die Grösse, ein in regelmässigem Bett zwischen festen Ufern fliessendes Gewässer; 5. endlich Fluss. Die letzte, ausschliessend enge Bedeutung ist am seltensten, am häufigsten die vorletzte. — Zu diesen sprachlichen Gründen, welche es bedenklich erscheinen lassen, der Unterscheidung des § 1 cit. eine rechtliche Bedeutung beizulegen und bei der Nennung der flumina in den folgenden §§ die rivi (im Sinn des § 1) von vornherein ausgeschlossen zu glauben, stimmt vollkommen, was hier und dort zerstreut vom flumen publicum gesagt ist (nur als flumen publicum nämlich können wir, da flumen privatum nach § 2—3 cit. blos das flumen torrens,²⁾ den unbeständigen Wasserlauf befasst, den beständigen rivus, Bach, betrachten, sobald er überhaupt ein flumen sein soll). So erfahren wir mehrfach, dass es auch flumina publica gibt, die nicht schiffbar (und nicht einmal flössbar)³⁾ sind; z. B. gleich in L. 1, § 12 eod. heisst es: ergo hoc interdictum

¹⁾ Vgl. auch Festus, de verbor. signif., v. torrens: — quamvis aquam ipsam, quæ fluit, flumen recte dici ait Aelius Gallus.

²⁾ Festus: torrens — significat [etiam] fluvium subitis imbribus concitatum, qui alioqui siccitatibus exarescit. Der Begriff des torrens ist aber nicht auf abfliessendes Regenwasser zu beschränken; er kann auch ein Gemisch von Regenwasser und unbeständig fliessendem Quellwasser sein oder geradezu nur aus letzterm bestehen.

³⁾ L. 1, § 14 eod.: Navigii appellatione etiam rates continentur.

ad ea tantum flumina publica pertinet, quæ sunt navigabilia, ad cetera non pertinet. L. 1, § 18 eod.: Sed et si in flumine publico, non tamen navigabili, fiat, idem putat. L. un., § 2 ne quid in fl. p. 43, 13: Pertinet [autem] (interdictum) ad flumina publica, sive navigabilia sunt, sive non sunt. Eine Menge Vorschriften über flumina publica hätten, wenn nicht an kleinere, sogar ganz kleine Wasserläufe gedacht wäre, wenig oder keinen Sinn. Börner führt an die L. 1, § 1 und § 3 ne quid in fl. p. 43, 13 und L. 1, § 12 de flumin. 43, 12, wo Veränderung der Art und Weise oder der Richtung des Wasserlaufs und Austrocknung des Wasserbetts den Privaten verboten wird¹⁾. Diesen Verordnungen lässt sich anreihen die Bestimmung in L. 17, § 2 de aqua et a. pl. a. 39, 3: Via publica intercedente haustus servitutum constitui posse placuit, et est verum, sed non solum, si via publica interveniat, sed et si flumen publicum; eodem casu, quo interveniente flumine publico viæ, itineris actus servitus imponi potest, id est, si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis. Dass ein Gewässer grösser als ein Bach stets transeunti impedimento sei, möchte wohl Niemand anzweifeln. Damit stimmt vollständig § 3 eod.: — interveniente via publica vel flumine (scil. publico), quod vado transiri potest. Vom flumen

¹⁾ Unrichtigerweise zieht Börner auch die L. 1, § 4 ne quid in fl. p. 43, 13 herbei; das betreffende Interdict bezieht sich auf den rivus (hier im gewöhnlichen Sinn „Leitungsgraben“) nicht als flumen publicum, sondern als Anlage am flumen publicum (Ait Prætor: In flumine publico inve ripa ejus facere, aut in id flumen ripamve ejus immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore æstate fluxit, veto). Die Veränderung einer solchen an der Seite des flumen publicum gemachten Anstalt zur Wasserableitung, welche die Anwohner benachtheiligen würde, wird hier verboten.

publicum redet jedenfalls auch L. 3, § 1 de aqua quot. 43, 20: Ex flumine aquam ducere plures possunt, ita tamen, ut vicinis non noceant, vel si angustus amnis sit, etiam ei, qui in alia ripa sit; denn ein flumen privatum (torrens) kann nicht gemeint sein, weil hier die causa perpetua (der ständige Wasservorrath) fehlen würde, der in diesem Titel zugesicherte Interdictenschutz der Leitung daher nicht zu Theil werden könnte (L. 1, § 5 eod.: Loquitur autem Prætor in hoc interdicto de ea aqua sola, quæ perennis est: nulla enim alia aqua duci potest, nisi quæ perennis est); am wenigsten kann man sich vom gegnerischen Standpunkt aus damit helfen, dass flumen hier einmal statt rivus (in der Bedeutung „Bach“) gesetzt sei; wo bliebe bei diesem qui-proquo die ganze Unterscheidung von flumen und rivus, welche eine juristische sein soll?

Ferner muss gegen die bekämpfte rechtliche Scheidung grosser und kleiner Wasserläufe die Frage aufgeworfen werden, welches denn eigentlich die Behandlung der kleinen Wasserläufe, der Bäche, im R. R. sei, falls dieselben wirklich nicht unter den flumina publica begriffen sein sollen. Nirgends ist uns darüber irgend etwas mitgetheilt; wir hören von der eine portio fundi ausmachenden, noch nicht in Fluss gerathenen Quelle, vom geleiteten Wasser, vom flumen publicum, vom flumen privatum¹⁾; wie sollte es

¹⁾ Von dem unbeständig fliessenden Wasser, torrens, ist in L. 1, § 4 de flumin. 43, 12 extra hervorgehoben: — nihil [enim] differt a ceteris locis privatis flumen privatum, und in § 10 eod.: — quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio loco privato fiat. Wie dies zu verstehen, kann erst unten, wo von der Einwirkung des Wasserlaufs auf den Boden die Rede ist, auseinandergesetzt werden. Sofern der torrens aus Regen- (oder Schnee-) wasser besteht, treten die besondern Grundsätze der aqua pluvia

kommen, dass von dem wichtigen Mittelglied zwischen Quelle und Fluss, dem Bach, mit keinem Wort geredet wird? Ist es möglich, dass die den Bach ausmachende aqua profluens, welche vermöge ihrer Perennität für die ganze durchflossene Gegend von Wichtigkeit ist, vom Staat gänzlich ignorirt, der Willkür derjenigen preisgegeben wird, welche angrenzende Ländereien und damit die Möglichkeit, zum Wasser hinzugelangen, besitzen? Und kann der Staat erwarten, es werden auch nur diese Wenigen das Wasser so unter sich vertheilen, dass wenigstens sie den möglichsten Nutzen aus der Naturgabe ziehen, statt sich durch selbstische Uebergriffe eine erspriessliche Nutzung gegenseitig zu verkümmern? Muss hier nicht durchaus der Staat eingreifen und aus dem sogenannten usus communis dadurch eine Wahrheit werden lassen, dass er die Erhaltung der gemeinen Gebrauchsfähigkeit zu seiner Sache macht, d. h. den usus für publicus, den Bach für res publica erklärt?

Diese Nothwendigkeit haben denn auch die Meisten derjenigen eingesehen, welche den Bach nicht als flumen publicum anerkennen wollen. Sie greifen zu dem nicht unbequemen, aber bedenklichen Mittel der Analogie. So sagt F u n k e (a. a. O., p. 286): „Ist aber anzunehmen, dass der Bach im Uebrigen der Analogie der öffentlichen Flüsse folgt, weil die Natur der Sache und die Rechte aller Angrenzenden an ihn, als ein natürliches Ganzes, es erfordern, dass der Bach ein solcher bleibe, so sind auch die Grundsätze analog auf die Bäche anzuwenden, welche das R. R. hinsichtlich der öffentlichen Flüsse festsetzt, insoweit sie sich auf die Disposition über den Lauf derselben und nicht

hinsichtlich der Aufnahme desselben ein. L. 2, § 6, § 9; L. 11, § 6 de aqua et a. pl. a. 39, 3.

auf die eigenthümliche Eigenschaft derselben als öffentliche Flüsse, z. B. auf das Recht, dieselben zu befischen und zu befahren¹⁾, beziehen“. Noch E n d e m a n n (a a. O., p. 2) legt der Scheidung der L. 1, § 1 cit. rechtliche Bedeutung bei²⁾, versteht also unter *flumina publica* nur die Flüsse, gibt aber (p. 59, Anm. 37) zu, dass man sich gedrängt fühle, a l l e (ständig) fließenden Wasser für öffentliche zu erklären, um auch für die kleinen den besondern Interdictenschutz zu gewinnen; „jene Interdicte sind an und für sich nur für die *flumina publica* bestimmt; allein man kann sie überall da nicht entbehren, wo mehrere Anlieger an einem

¹⁾ Bereits hat Börner (p. 163) darauf aufmerksam gemacht, dass das Recht, die Flüsse zu befischen und zu befahren, nicht als eine eigenthümliche rechtliche Eigenschaft derselben kann geltend gemacht werden, sondern zunächst lediglich eine Folge ihrer natürlichen, den Bächen dafür abgehenden Qualification ist. Da das Befischen der Gewässer ausser vom Ufer aus nur noch vom Gewässer selbst aus mittelst Befahren geschehen kann, vom Ufer aus aber fast nur den Anliegern und denen, welchen sie ein besonderes Recht zum Betreten ihres Bodens gegeben, möglich ist (Andern blos da, wo ein öffentlicher Zugang besteht), so ist mit der Unmöglichkeit des Befahrens der Bäche an den meisten Stellen auch die Unmöglichkeit des gemeinen Befischens vorhanden. (Von dem mittelst Befahren geschehenden Befischen redet auch der Sachsen-spiegel, Buch 2, Art. 28, § 4: Svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene ynne. Die vischere mut ok wol dat ertricke nütten, also vern also he enes gestriden mach ut deme scepe von deme rechten stade.)

²⁾ Dass »sich die römische Wissenschaft auf das gesunde concrete Urtheil verliess und wenig auf theoretische, allgemein gültige Definitionen bedacht zu sein brauchte«, vermag den Zweifel nicht zu beseitigen, ob gerechterweise einem Ulpian die Meinung zugeschrieben werden dürfe, hiemit eine rechtsgültige Definition gegeben zu haben, zumal da er die Unterscheidung selbst nicht festhält, sondern überall im Widerspruch damit sich befindet.

fließenden Wasser betheiligt sind, wenn man von der richtigen Unterstellung ausgeht, dass hier Keiner Privateigenthum des Wassers hat. Denn hier hat er gegen Störungen des Wassers keine aus dem Eigenthum entspringenden Rechtsmittel“. Statt aber die Analogie zur Aushilfe herbeizuziehen, und zwar ohne jeglichen positiven Anhalt in den Quellen, ist es doch viel natürlicher, von vornherein, im Einklang mit den Hinweisungen der letztern, den Begriff von *flumina publica* in einem weitem, auch die Bäche begreifenden Umfang zu nehmen, und sich darin von der einzigen Stelle, die Flüsse und Bäche scheidet, nicht beirren zu lassen. Dieselbe hat offenbar keinen andern Zweck, als den, zum Eingangs jenes Titels hingestellten Interdict (: Ait Prætor: Ne quid in flumine publico ripave ejus facias, ne quid in flumine publico neve in ripa ejus immittas, quo statio iterve n a v i g i o deterior sit, fiat) anzumerken, auf welche *flumina publica* allein das Verbot, die Schifffahrt zu beeinträchtigen, bezogen werden könne. Zu diesem Zweck wird einmal in Anpassung an den vulgären Sprachgebrauch das *flumen* im Sinn „Fluss“ dem *rius* im Sinn „Bach“ entgegengesetzt. Dass aber damit der Bach vom rechtlichen Begriff der *flumina publica* ausgeschlossen sein solle, ist die Meinung der paar Worte nicht; ihre Tragweite geht über die Fixirung des nächsten und natürlichen Anwendungskreises jenes Interdicts nicht hinaus. Von den *flumina* im weitem, gewöhnlichern, der sprachlichen Abstammung entsprechenden Sinn („Wasserläufe“) heisst es dann in § 2, sie seien theils *perennia*, theils *torrentia*¹⁾. Diese Scheidung wird in § 3 als eine

¹⁾ Zutreffend macht Hesse (p. 190, Anm. 24) bemerklich, dass unter *torrentia* ja auch nicht blos grosse, sondern ebensowohl kleine

rechtlich wichtige aufgenommen und an die Perennität die Eigenschaft des *flumen publicum*, an den Mangel der Perennität die Eigenschaft des *flumen privatum* angeknüpft ¹⁾. In § 12 wird dann die frühere (vulgäre) Scheidung von Fluss und Bach auch hinsichtlich der Anwendbarkeit des in Frage stehenden Interdicts bedeutungslos gemacht, indem dasselbe utiliter auch auf die nicht schiff- oder flössbaren *flumina publica*, d. h. hauptsächlich auch auf die Bäche, bezogen wird: *Sed Labeo scribit, non esse iniquum, etiam, si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat, vel aquæ cursus impediatur, utile interdictum competere, ne vis ei fiat, quominus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter, cursus fluminis deterior sit, fiat, tollere, demoliri, purgare, restituere boni viri arbitratu possit.* In diesem Sinn sagt unzweifelhaft auch L. 4, § 1 de D. R. 1, 8, nachdem in L. 2, § 1 eod. die aqua profluens als *res communis omnium* aufgezählt worden ist: *Sed flumina pæne omnia* (d. h. das fließende Wasser nicht mehr ganz losgelöst von jeder räumlichen Beziehung, sondern in einer bestimmten Lage, auf bestimmten Grund und Boden radicirt und im Hinblick auf einen bestimmten Staat gedacht) *et portus publica sunt*, indem mit *pæne* die unbeständigen Wasserläufe ausgenommen werden ²⁾. In den In-

Gewässer begriffen sind, der Gattungsname »*flumina*« also nur in weiterm Sinn »fließende Gewässer« bedeuten kann.

¹⁾ Der bereits citirte Entscheid des O.A.G. in Darmstadt (v. 1. Nov. 1859) bei Emminghaus, Archiv f. practische Rechtswiss. Bd. 8, p. 491—497, entwickelt ausführlich dieselbe Ansicht und nennt mit Recht den Unterschied zwischen Fluss und Bach einen bloß factischen.

²⁾ Auffallenderweise bleiben Börner (p. 168) diese mit *pæne* beabsichtigten Ausnahmen unklar.

stitutionen, § 2 I. de R. D. 2, 1, ist mit Ausserachtlassung dieser verhältnissmässig unbedeutenden Ausnahmen geradezu gesagt: *Flumina autem omnia et portus publica sunt*. Der Grund, warum blos die perennirenden Gewässer unter die Publicität gezogen werden (ausnahmsweises Austrocknen in einem sehr heissen Sommer schadet übrigens dem Begriff der Perennität nicht; L. 1, § 2 cit. de flumin. 43, 12), ist einfach der, dass sie allein einen nachhaltigen, regelmässigen Gebrauch gestatten und daher allein den Aufwand besonderer Staatsfürsorge lohnen. Ausnahmen dürfen aber, sobald die Perennität des Fliessens vorliegt, so wenig gemacht werden, als solche in den Quellen hervortreten. Dass es ganz falsch ist, den Abfluss einer Quelle, so lange er noch auf dem Quellgrundstück befindlich ist, für Eigenthum des Grundherrn zu erklären, wurde schon oben (p. 57—58) nachgewiesen. Für unrichtig halte ich es auch, wenn Hesse p. 240 sagt: „Der Abfluss einer Quelle kann indessen nicht als öffentlich betrachtet werden, sondern behält die privatrechtliche Natur der auf Privateigenthum befindlichen Quelle, wenn derselbe entweder so gering (*aqua exigua*) ist, dass er weder als Fluss oder Bach gelten kann, — oder wenn er in natürlichen Gerinnen fliessend nicht in ein öffentliches Gewässer, sondern nach kurzem Laufe in einen Privatbehälter, einen Teich, einen Graben u. s. w. sich ergiesst“. Wer denn doch wieder gewisse perennirende Wasserläufe nicht als *flumina publica* anerkennen und (wie Hesse p. 241, Anm. 136) dabei die *magnitudo* und die *existimatio circumcolentium* in Erwägung ziehen will, nimmt mit der einen Hand zurück, was er mit der andern kaum gegeben, und wird unvermerkt ziemlich auf denselben Standpunkt zurückgeworfen, welchen die Vertheidiger einer rechtlichen Scheidung zwischen flu-

mina und rivi einnehmen¹⁾. So unbedeutend wird wohl das Gerinne eines das ganze Jahr hindurch fliessenden Gewässers kaum je sein, dass dasselbe alles und jedes Interesses für die Allgemeinheit baar wäre; und sollte dies ja einmal der Fall sein, so wird zwar wohl auch der Staat sich nicht besonders mit demselben befassen; principiell aber muss festgehalten werden, dass er das Recht dazu hätte, indem das Wasser *aqua profluens* und als solche dem Privateigenthum entzogen, ferner *flumen perenne* und darum *publicum* ist. Was Gewässer anbelangt, die nach kurzem Lauf in natürlichen Gerinnen sich in Privatbehälter ergiessen, so verlieren dieselben hiedurch, falls sie darin nur nicht das Ende ihres freien Laufs erreichen, sondern durchfliessen, ihren freiheitlichen Character nicht. Wenn sie freilich in den Behältern zurückgehalten und zu Privatzwecken verbraucht würden, so wäre der Fall analog der *aqua ducta* zu behandeln, also die Gewässer vom Beginn ihres Laufes an als gefangen und dem Eigenthum unterworfen zu betrachten; allein wer einen perennirenden Wasserlauf in einen solchen Behälter einlaufen lässt, kann stets gezwungen werden, demselben auf der andern Seite denjenigen Abfluss zu geben, welchen er ohnedies genommen haben würde; man setzt also mit jenem Fall eine rechtliche Unmöglichkeit, die Aufhebung des Laufs eines *flumen publicum*, als durchbrochen voraus. Wasser endlich, welches, statt abzufließen, den Boden versumpft (Hesse, p. 235),

¹⁾ Hesse nennt alle fliessenden Gewässer ohne Trag- und Triebkraft *flumina privata*. Dies muss man wohl thun, wenn man keinen Rechtsbegriff *rivi* anerkennt und doch die Perennität des Fliessens nicht allein will für die Publicität entscheiden lassen. Nach den Quellen sind aber nur die *torrentia*, d. h. die unbeständig fliessenden Gewässer, *flumina privata*.

kann als stagnirendes natürlich nicht zu den *flumina publica* gerechnet werden; hätte es einen wirklichen Abfluss, so würde es sich auch ein bestimmtes Gerinne graben; es ist sicher, dass man vom Mangel eines solchen stets auf den Mangel des perennirenden Fliessens schliessen kann.

Von allen den Ansichten, welche vor B ö r n e r über die römische Scheidung von öffentlichen und nichtöffentlichen Wasserläufen aufgestellt wurden, hat diejenige von E l v e r s am Meisten Anklang gefunden. Sie geht vorerst dahin, dass das fliessende Wasser selbst auf jeden Fall als *aqua profluens* und daher als in Niemandes Eigenthum stehend zu betrachten sei. Dies haben vornehmlich G e s t e r d i n g und F u n k e verkannt. G e s t e r d i n g hat die sog. strenge Eigenthumstheorie aufgestellt, wonach die öffentlichen Wasserläufe im Eigenthum des Staats, die nichtöffentlichen im Eigenthum je desjenigen sind, dessen Grundstück sie eben durchfliessen, so dass dieser ohne alle Rücksicht auf die weiter unten Liegenden und die Allgemeinheit ganz willkürlich über das Wasser verfügen kann. Zwar schliesst er seine Lehre mit dem Zugeständniss: „Wenn endlich die Rede davon wäre, was in dieser Sphäre Rechtens sein könnte, so wäre es vielleicht der Analogie nicht unangemessen, dass, gleichwie das Eigenthum der grössern Ströme dem ganzen Staat zusteht, so dass jeder Staatsbürger sie, jedoch nicht mit Ausschluss der andern, benutzen darf, das Eigenthum der Bäche auf ähnliche Art allen denjenigen beigelegt würde, deren Grundstücke sie durchfliessen, dergestalt, dass jeder Anwohnende das Geschenk der Natur geniessen, keiner den andern davon ausschliessen dürfte“ ¹⁾. F u n k e hat diesen

¹⁾ Dieser Ansicht huldigt z. B. auch Seuffert, practisches Pandectenrecht, Bd 1, § 57. Fritz, Erläuterungen zu v. Wening-

Schlussgedanken Gesterdings in der Weise theoretisirt, dass er den Bach als ein natürliches Ganzes betrachtet, das im beschränkten (getheilten) Eigenthum aller Anlieger steht und daher nur mit Rücksicht auf alle diese Interessenten vom einzelnen Anlieger gebraucht werden darf¹⁾. Diese der Natur der aqua profluens ins Gesicht schlagenden Eigenthumstheorien also hat Elvers

Ingenheims Lehrb. des gem. Civilrechts, Bd. 1, § 112 (p. 169—172) erklärt das Bett der Flüsse für Privateigenthum, das fließende Wasser für res communis omnium, nennt aber das Wasser des Bachs nachher nichtsdestoweniger zum Privatvermögen gehörig, res in patrimonio nostro.

¹⁾ So auch Schwab, Archiv für die civilist. Praxis, Beilageheft § 21—23. Glass, die wasserrechtliche Gesetzgebung vom Standpunkt der Gegenwart (1856; eine Beleuchtung der Frage vom historischen, rechtlichen und gesetzgeberischen Standpunkt aus mit der angefügten Skizze eines Wassergesetzesentwurfs) scheint das getheilte Eigenthum der Anlieger zwar nicht aus dem R. R. herleiten zu wollen (vgl. p. 8, 5), 6), 8), 11)), sondern dort das Bett als Privateigenthum der Anlieger, das Wasser als res communis omnium, wenn auch beeinflusst vom Eigenthum am Bett, zu betrachten, schlägt aber in seiner Skizze Anerkennung eines getheilten Eigenthums der Anlieger an nicht schiff- und flössbaren Gewässern, eines Eigenthums aller Staatsangehörigen an schiff- und flössbaren Gewässern und Privateigenthum der Anlieger an jedem Bett bis zur Mittellinie vor. Mittermaier, deutsches Privatrecht, § 222, a. u. b., nimmt Staatseigenthum an schiff- und flössbaren Wasserläufen, durch die Gemeinschaft der übrigen Anlieger und die Rücksicht auf die Erhaltung des Wasserlaufs beschränktes Privateigenthum an nicht schiff- und flössbaren Flüssen und Bächen an. Bluntschli, deutsches Privatrecht, § 75, p. 375—376, braucht statt des Namens »Eigenthum« den Ausdruck »Herrschaft« über fließende Gewässer. Er sagt: »Die Herrschaft über das Gewässer ist folglich im Princip beschränkt durch die fortwährende Rücksicht auf den natürlichen Zusammenhang und die Bestimmung des Gewässers, auch Andern zu dienen.« Das Rechtsverhältniss wird durch die Substitution jenes Ausdrucks offenbar nicht klarer.

verworfen; er stellt nun aber die unrichtige Unterscheidung von Flüssen und Bächen auf, lässt das Bett des Bachs (den natürlichen Wasserweg) als Theil des Grundstücks dem Grundherrn und, wenn ein Grenzbach in Frage steht, beiden Nachbarn gemeinschaftlich in der Weise zustehen, dass im Zweifel die Mitte des Baches die Grenze bildet; das Bett des Flusses betrachtet er als *res extra commercium*, was in seinem Sinn, wie es scheint, nicht nur heisst: unfähig, zum Gegenstand von Privatrechtsgeschäften gemacht zu werden, sondern auch (und für den vorliegenden Fall ist dies allerdings richtig) jedes bisherige Privatrecht ausschliesst. Nur der Fluss wird unter den *usus publicus* gezogen; der Gebrauch des Bachs bleibt demnach gegen Willkür und Rücksichtslosigkeit schutzlos. Es ist klar, dass mit dieser Elvers'schen Theorie, obgleich sie von der gemeinen Eigenschaft der *aqua profluens* ausgeht, hinsichtlich der Bäche ziemlich dasselbe Resultat erreicht wird, zu welchem Gesterding mit seiner strengen Eigenthumstheorie kommt, nur dass die Ausschliesslichkeit des Wassergebrauchs für die Anlieger nach Gesterding eine rechtliche, nach Elvers eine factische ist. Man müsste sich denn (nach dem bereits erwähnten Vorgang Funkes, a. O. p. 286) dazu verstehen, trotz der nichtöffentlichen Natur der Bäche den Schutz, welcher den öffentlichen Wasserläufen zu Theil wird, eigenmächtig auf jene auszudehnen, wodurch man von einem falschen Princip aus zum selben Ziel käme, zu dem das richtige Princip führt, nämlich zum Aufgeben des behaupteten rechtlichen Unterschieds zwischen Flüssen und Bächen. Vielleicht wendet man ein, dass ein Unterschied zwischen Flüssen und Bächen auch so immer noch bestehen bleibe, indem das Bett des Bachs Eigenthum der Anlieger sei, das Bett des Flusses nicht. Man kann dagegen mit

Börner (p. 170) fragen, wie weit wohl eine freie Verfügung über ein von dem Wasser auch nur eines Bachs bedecktes Bett möglich bleibe, ob man dasselbe bepflanzen, besäen, bebauen, vertauschen, verkaufen, verpachten könne, ob man durch die Annahme eines Bacheigenthums hinsichtlich des Betts nicht zum Begriff von Bächen ohne Wasser, analog dem Begriff der Messer ohne Stiel und Klinge, gelange. Freilich, und das hat Börner übersehen, würde die Unmöglichkeit dieser Bethätigungen des Eigenthums während der Zeit, wo der Grund und Boden als Wasserbett dient, an sich das Fortbestehen des Eigenthums noch nicht ungedenkbar machen; allein, wie nächstens zu erörtern¹⁾, es spricht gegen diese Annahme nicht nur die directeste und bestimmteste Fassung der Quellen, sondern namentlich auch das Nichteintreffen desjenigen Merkmals, das der Prüfstein für das Fortleben des Eigenthums trotz beschränkter oder aufgehobener Ausübung ist: des Merkmals nämlich der von selbst erfolgenden Wiederkehr der alten Machtfülle für denjenigen, der sie durch den Eintritt der Beschränkung verlor, mit dem Wegfall der letztern. Elvers gibt zu, dass das Wasser des Flusses dem Boden seine natürliche Eigenthumsunfähigkeit mittheile; anerkennt er aber an, dass dort nach natürlicher Anschauung der vom Wasser bleibend occupirte Boden nicht als Eigenthum betrachtet werden könne, warum thut er dies nicht auch beim Bach, der bei seiner perennirenden Qualität das durchflossene Bett nicht minder auf unabsehbare Zeit der Beherrschung entzieht? Kann man diese bleibende Occupation wirklich dem Fall vergleichen, wo „die Feinde unsere Sachen erbeutet und für den Augen-

¹⁾ S. unten p. 105—109.

blick in Besitz genommen, jedoch noch nicht in Sicherheit intra præsidia gebracht haben“? Offenbar ist es inconsequent, im einen Fall dem perennirenden Wasserlauf einen Einfluss auf den durchflossenen Boden zuzuschreiben, im andern nicht; aber ohne eine solche Gewaltthätigkeit geht es nicht ab, wenn man zwischen Fluss und Bach durchaus einen Unterschied statuiren will und denselben in der Eigenschaft des Wassers nicht finden kann. Es sollte eben die leidige Unterscheidung lieber einfach aufgegeben werden.

Den richtigen Ausgangspunkt hat auch Hofmann.¹⁾ Er gibt (p. 41) zu, es sei nicht zu bezweifeln, dass alles und jedes fliessende Wasser Gemeingut aller Menschen sei; die Unterscheidung zwischen Flüssen und Bächen verwirft er und lässt jeden Grund und Boden, den fliessendes Wasser als beständiges Bett einnimmt, eben dadurch „sogar aus dem schon daran begründeten Eigenthum des Einzelnen“ heraustreten. So weit wäre Alles gut; unglücklicherweise aber hält er dafür, dass statt des Privateigenthums am Bett nun Staatseigenthum eintrete, und dies bringt ihn denn natürlich dahin, auch das Eigenthum von Privaten daran wenigstens als möglich zu setzen, so dass er zu dem Resultat kommt: jedes Flussbett ist im Zweifel öffentlich, d. h. Staatseigenthum, mithin von dem Privaten, welcher Eigenthum behauptet, Beweis zu fordern. Die falsche Annahme der Möglichkeit eines Eigenthums am Flussbett übt bei Hofmann offenbar denn auch auf die Behandlung des Wassers, welches er soeben noch als res communis omnium anerkannt hat, einen Rückschlag aus, indem er Fluss und Bett des beständigen Wasserlaufs im

¹⁾ Hofmann, Versuche in Bearbeitung des R. R., Heft 2, p. 1—70.

Zweifel als öffentliches, Fluss und Bett des unbeständigen Wasserlaufs als Privateigenthum der Anlieger betrachtet, so dass also, bei Licht besehen, das Bett der für die Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit (will sagen: das Staats- oder Privateigenthum) des Ganzen, auch des Wassers, massgebende Bestandtheil des Wasserlaufs wäre. — Von denselben richtigen Fundamentalsätzen zu ähnlichem unrichtigem Ausbau gelangt Unterholzner¹⁾; auch er erkennt an, dass die Masse des fließenden Wassers, so lange sie sich in fließendem Zustand befinde, eigentlich Niemandes Eigenthum sei, und verwirft den rechtlichen Unterschied von Flüssen und Bächen; dann aber spricht er offen aus: „Den Unterschied (zwischen öffentlichen und Privatgewässern nämlich) bestimmt nicht sowohl das Eigenthum an dem Wasser selbst, als vielmehr das Eigenthum an dem Bette; Privatgewässer sind daher alle diejenigen, von denen sich nachweisen lässt, dass der Grund und Boden des Wasserbetts Privateigenthum ist: alle übrigen sind öffentliche Gewässer.“ Danach nimmt er auch bei fließenden Gewässern das Eigenthum am Boden als das für das Rechtsverhältniss des Wassers Bestimmende an. — Eine derartige Anschauung ist von Grund aus unrichtig und im Gegentheil das fließende Wasser so sehr das die Eigenschaft des Bodens Beherrschende, dass dieser höchstens trotz der Occupation durch fließendes Wasser im alten Eigenthum verbleibt, nie aber das fließende Wasser um des Bodens willen in privates oder öffentliches Eigenthum eintritt; dies hat zuerst Börner nachdrücklich hervorgehoben.

¹⁾ Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2, § 385, p. 160—162.

Auszugehen ist von der Natur alles fließenden Wassers als *aqua profluens*; d. h. alles fließende Wasser ist als *res communis omnium* zu betrachten, die zufolge ihrer natürlichen Beschaffenheit ausserhalb des Eigenthums steht und so lange in diesem Rechtszustand verbleibt, als sie ihr Wesen, das freie Fließen, nicht eingebüsst hat, auch sogleich wieder in denselben eintritt, wenn sie nach geschehener Ausscheidung und Gefangenlegung den freien Lauf wiedererlangt¹⁾. Gleichgültig, wie schon früher bemerkt, ist es, ob der Staat die Erhaltung des natürlichen Bestands eines fließenden Gewässers wegen seiner Tauglichkeit, eine nachhaltige Nutzung zu gewähren, unter seine Beaufsichtigung und Besorgung nimmt oder nicht, d. h. ob der *usus communis* daran zum *usus publicus* qualificirt wird oder nicht; nur wird in Folge der Publicität dem Wasserlauf eine bestimmte Richtung und dessen Benutzung ein bestimmter *modus* (d. h. eine Schranke sowohl in qualitativer als quantitativer Hinsicht) vorgeschrieben.²⁾ Nun ist zu bemerken, dass der perennirende Wasserlauf, in seiner Continuität, seiner bleibenden Gesamterscheinung betrachtet, zusammen mit seiner Fassung ein natürliches, untrennbares Ganzes bildet: Ohne das ihn

¹⁾ Ganz wie das occupirte Stück Meeresufer, sobald der Besitz aufhört, sofort in *pristinam causam recidit*, *pristinam litoris speciem recipit*. L. 14, § 1 de a. r. d. 41, 1; L. 6 pr. de D. R. 1, 8; L. 45 pr. de usurp. et usuc. 41, 3.

²⁾ An das Richtige scheint auch Rauter, in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands, Bd. 11, p. 46 (»über das französische Wasserrecht«), zu denken: »Wir wären geneigt, die nicht schiff- und flössbaren Flüsse weder als Eigenthum des Staats noch als Eigenthum der Ufernachbarn anzusehen, sondern als eine *res communis*.«

tragende Bett ist der Wasserfluss geradezu undenkbar; das Bett ist seine nothwendige Unterlage und geht in der Bestimmung, dem Wasserlauf zu dienen, so vollständig auf, dass jede abgesonderte Beziehung des Betts vor dem Gesichtspunkt dieser Trägerschaft verschwindet. In Würdigung dieses natürlichen Zusammengehörigkeitsverhältnisses, in welchem der Wasserfluss als der herrschende, das Bett als der dienende Theil erscheint, bestimmen die römischen Quellen, dass das Bett eines flumen publicum, d. h. eines perennirenden Wasserflusses, ebenfalls Publicitätscharacter habe. So sagt L. 1, § 7 i. f. de flumin. 43, 12: — Ille [etiam] alveus, quem sibi flumen fecit, et si privatus aute fuit, incipit tamen esse publicus: quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus; es ist unmöglich, dass Wasser und Bett eines flumen publicum verschiedenen Character haben, und da das Wasser als die Hauptsache erscheint, so muss das Bett die Qualität des Wassers annehmen, d. h. publicum werden. L. 1, § 8 eod.: Si fossa manufacta sit, per quam fluit flumen publicum, nihilominus publica fit, et ideo, si quid ibi fiat, in flumine publico factum videtur; sogar die private Leitungsanlage, welche das hindurchgeleitete Wasser zur res privata macht, wird zur res publica, wenn das flumen publicum suo impetu (sua sponte) seinen Weg hindurchnimmt.¹⁾ L. 7, § 5 de a. r. d. 41, 1: — novus [autem] alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus juris gentium (vgl. § 23 J. de R. D. 2, 1). L. 30, § 3 eod.: — flumina [enim] censitorum

¹⁾ Vgl. oben p. 59 die negative Auslegung dieser Stelle.

*vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum.*¹⁾ Aus diesen Stellen geht zugleich bis zur Evidenz hervor, dass die Publicität des *alveus* nicht etwa in einem andern Sinn verstanden werden darf, als die Publicität des *flumen* selbst²⁾, d. h. dass der *alveus* selbst auch dem Eigenthum des Staats sowohl als der Privaten entzogen ist.

Gegen ein fortdauerndes Eigenthum der *Privaten*, der vor der Occupation seines Bodens durch das *flumen* Eigenthümer war, ist im Besondern noch anzuführen: 1. Die Erläuterung, welche verschiedene Quellenstellen zu dem Ausspruch liefern, dass das *flumen publicum ex privato in publicum* verwandle. L. 23 quib. mod. ususfr. 7, 4: *Si ager, cujus ususfructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur ususfructus, cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur.* — Sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita et usumfructum restituendum dicendum est. (Also sogar,

¹⁾ In ganz ähnlicher Weise, wie diese Stelle vom Einfluss des Wasserlaufs, redet L. 10 de D. R. 1, 8 vom Einfluss des Meers auf Grund und Boden. Vgl. oben p. 34.

²⁾ Die Worte: *alveus ejus juris esse incipit, cujus et flumen*, können, wenn man nicht schon am Verschweigen jedes Unterschieds zwischen der Publicität des *flumen* und der des *alveus* genug hat, unmöglich noch missverstanden werden. Dagegen dürfen in L. 30, § 2 de a. r. d. 41, 1 die Schlussworte: *utrumque enim ejusdem generis est*, nicht, wie Börner p. 173 zu thun scheint, von einer Gleichstellung des *alveus* und des *flumen* verstanden werden; im Zusammenhang mit dem frühern Theil des § kann der Sinn nur sein: die im Fluss entstandene Insel fällt dem nächsten Anlieger zu, mag sie nun durch einfaches *circumfluere* eines *locus, qui alvei fuit et siccus relictus est*, oder durch allmälige Aufschwemmung (*superfusum solo et terræ*) entstanden sein; denn beide Fälle stehen sich im Resultat gleich.

wenn die occupatio den Character einer blossen U e b e r -
s c h w e m m u n g , d. h. einer blos vorübergehenden Be-
sitzentziehung, an sich trägt, wäre nach dieser Stelle das
Eigenthum bereits verloren und würde erst mit dem Zurück-
treten des Wassers wiederkehren, eine Auffassung, die übrige-
gens gleich durch L. 24 eod.: — quia id solum perpetuo
ejusdem juris mansisset, und viele andere ¹⁾ als uneigentlich,
rein von der äussern Thatsache des augenblicklichen Besitz-
entzugs ausgehend, sich ausweist.) L. 30, § 2 de a. r. d.
41, 1: Tribus modis insula in flumine fit; uno, quum agrum,
qui alvei non fuit, amnis circumfluit (folgt die Nennung der
beiden übrigen Arten und der daraus resultirenden Rechts-
veränderungen); — primo autem illo modo causa proprie-
tatis non mutatur. Da hienach in Folge der beiden andern
Arten von Inselbildung (wobei der Fluss das occupirte Bett
theilweise wieder verlässt) eine mutatio causæ pro-
prietatis sich vollzieht, so kann das Flussbett nicht im
Eigenthum der frühern Besitzer geblieben sein, ansonst die
jetzt, beim Wiederverlassen, erfolgende mutatio causæ pro-
prietatis geradezu unbegreiflich wäre. 2. Spricht gegen die
Fortdauer des alten Privateigenthums am novus alveus der
Umstand, dass beim Wiederverlassen derselbe nicht den alten
Eigenthümern als solchen zufällt, sondern nur insofern und
in dem Masse, als diese alten Eigenthümer A n l i e g e r an
dem jetzt wieder verlassenen alveus sind. Wenn also z. B.
bei der frühern Veränderung des Flusslaufs Jemandem sein
g a n z e s Grundstück occupirt worden ist und später der

¹⁾ Vgl. besonders noch L. 7, § 6 de a. r. d. 41, 1: — inun-
datio speciem fundi non mutat. L. 1, § 9 de flumin. 43, 12: aliter
atque si flumen aliquam terram inundaverit, non alveum sibi fecerit;
tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum est.

Fluss dieses Grundstück wieder verlässt, so bekommt er davon gar nichts zurück, weil er keinen an den jetzt aufgegebenen *alveus* angrenzenden Streifen Landes hat. Das sagt L. 7, § 5 i. f. de a. r. d. 41, 1. Jedoch heisst es zum Schluss: — *sed vix est, ut id obtineat*; es liegt darin die Hinneigung zu einer Concession an die Billigkeit gegenüber der *stricta ratio*, welche nur auf die *Vicinität* abstellt, ausgesprochen. Allerdings ist zuzugeben, dass hier die Durchführung der *stricta ratio* als sehr hart erscheint, zumal das Princip, wonach die *Vicinität* entscheiden soll, offenbar selbst nur der Billigkeit seine Geltung verdankt. Es ist nämlich dieses Princip eine einfache Anwendung des Grundsatzes (L. 10 de R. J. 50, 17): *Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*. Wer den Nachtheil trägt, seine Ufer zum *usus publicus* hergeben zu müssen, und Gefahr läuft, durch Ueberschwemmung, *Avulsion* und insbesondere durch Veränderung des Flusslaufs bis zum völligen Verlust seines Lands geschädigt zu werden, der soll auch die *beneficia fluminis* geniessen, und zu diesen gehört vorzüglich das Anwachsungsrecht am verlassenen Flussbett.¹⁾ Auch kann man

¹⁾ Hieher ist auch noch zu rechnen die *Accession* des allmählig angeschwemmten Landes (*alluvio*; L. 7, § 1 de a. r. d. 41, 1) und des anderswo ruckweise abgerissenen und am diesseitigen *prædium* angewurzelten Bodenstücks (*avulsio*; L. 7, § 2, eod. § 21 I. de R. D. 2, 1), sowie der Anfall der *insula in flumine nata*, welche nicht durch bloßes Umfliessen eines *locus, qui alvei non fuit*, entstanden und welche mit dem Flussboden fest verbunden ist (L. 30, § 2; L. 65, § 2 de a. r. d. 41, 1) Dass die Insel nicht als *Accession* betrachtet werden darf, weil sie vom Ufergrundstück vollständig abgetrennt ist, zeigt sich namentlich darin, dass sie nicht unter den *ususfructus* am Ufergrundstück fällt (L. 9, § 4 de usufr. 7, 1; von dieser strengen Auffassung wird nur in Fällen, wo eine

in diesem Anfallen des *alveus relictus* zugleich eine Entschädigung für die nun entzogene Wassernutzung erblicken. Bekannt ist jedoch, dass das Anfallsrecht nur den *agri arcifinii*, nicht den *agri limitati* zusteht, bei den letztern der verlassene Flussboden vielmehr dem ersten Occupanten zufällt (L. 1, § 7 de flumin. 43, 12), was ursprünglich, wo noch aller *ager privatus* in Rom vermessen war, der allein vorkommende Fall gewesen sein muss; erst ziemlich spät, als es in den Provinzen und in Italien viel unlimitirtes Privatland gab, konnte jenes eigenthümliche Anfallsrecht aufkommen. Eine Ungerechtigkeit nun wäre es ohne Zweifel, denjenigen, der durch seine Flussnachbarschaft die stärkste Einbusse erlitten, nämlich sein ganzes Grundstück verloren hat, von dem *beneficium* auszuschliessen, welches er genies- sen würde, falls ihm der Fluss nur einen Theil seines Grundstücks geraubt hätte. Darum mag für solchen Fall vom

recht liberale Auslegung nöthig ist, abgewichen; so bei den vom Legatar zu restituirenden Fideicommissen; L. 16 de legat. III; Elvers, a. a. O., p. 437. Derselbe, »über die Interpretation der Testamente«, ebendas. p. 265—266). An die einmal angefallene Insel können sich ganz dieselben Erwerbungen knüpfen, wie an das Grundstück selbst, um dessen willen sie angefallen ist; es werden also durch sie die Alluvion, Avulsion und Insel dem Eigenthümer des Ufergrundstücks, zu welchem sie selbst gehört, erworben (L. 56 pr.; L. 65, § 3 eod.). Beachtenswerth ist hinsichtlich der in Folge von Aufschwemmung sich ergebenden Anfälle, dass der Grundsatz: *accessorium sequitur principale*, wonach dieselben Publicität annehmen müssten, cessirt. Es erklärt sich dies daraus, dass der Flussboden nur um des *flumen* willen *publicus* ist; sobald er dem *flumen* nicht mehr als Unterlage dient, fällt für ihn selbst der Grund der Publicität dahin. (Anderer Meinung hinsichtlich der Insel ist Labeo in L. 65, § 4 eod.; indem er irrthümlich den Grundsatz: *superficies cedit solo* auch hier für massgebend hält, erklärt er die *insula, quæ in flumine publico nata est*, für *publica*.)

Princip der Vicinität durch den Prätor eine Ausnahme gemacht worden sein. Dass aber nie der Anfall des *alveus relictus* als ein blosses Wiederaufleben des alten Eigenthums erscheint, spricht sich schon darin deutlich genug aus, dass der Anfall als *accessio* bezeichnet wird.

Aus der bisherigen Ausführung ergibt sich nun aber zugleich noch der besondere Beleg für die Unhaltbarkeit der Annahme, dass der Staat Eigenthümer des Flussbetts sei: Wem die bestimmte Sprache der Quellen, das Bett sei *ejus juris, cujus et ipsum flumen*, noch immer einen Zweifel lässt, der kann sich denn doch bei der Wahrnehmung, dass jeder vom *flumen* nicht mehr überflossene Theil des Betts den Anliegern, resp. Occupanten, anheimfällt, der allernächsten Consequenz, der *alveus* sei kein Staatseigenthum, nicht verschliessen. Der Staat kann, wenn er ein anliegendes Grundstück hat, als Angrenzer am *alveus relictus* Antheil nehmen oder bei einem zwischen *agri limitati* liegenden *alveus* als erster Occupant. Ein Vorrecht vor irgend einem Privaten geniesst er nicht. Wie der Staat hinsichtlich des *flumen* der Bewahrer des öffentlichen Interesses ist, so ist er es auch hinsichtlich des *alveus*, so lange das *flumen* darin fliesst, *quia populus eo utitur*; nicht mehr und nicht weniger. Verlässt das *flumen* sein Bett, so hört das besondere Schutzverhältniss des Staats zum *alveus* auf, *quia jam populus eo non utitur* (L. 30, § 1 de a. r. d. 41, 1). — Bemerkenswerth ist noch, dass der Staat mit seinem Grundeigenthum allen Gefahren der Flussnachbarschaft geradesogut wie jeder Private unterliegt, selbst dann, wenn dasselbe *res publica s. s., d. h. in usu publico* und *extra commercium* ist. Dies spricht sich in L. 38 eod. sehr deutlich aus. Der Sachverhalt ist folgender: Attius hat ein Grundstück längs einer öffentlichen Strasse; auf der

andern Seite der Strasse folgt Privatland, dann ein Fluss; dieser, sein Bett verlassend, occupirt zuerst den zwischenliegenden Privatboden, hierauf die Strasse (so dass jetzt das Grundstück des Attius die Flussnachbarschaft hat) und tritt dann in Folge von nach dem Grundstück des Attius hin stattfindender Alluvion allmählig in sein altes Bett zurück; nun ist dem Attius mittelst Alluvion alles zwischen seinem Grundstück und dem alten, jetzt wieder eingenommenen Flussbett liegende Land angewachsen; id autem, quod publicum fuisset (nämlich die via publica) nemini accessisse, lässt der Jurist Jemanden einwerfen; auf diesen Einwand antwortet er: nec tamen impedimento viam esse, quominus ager, qui trans viam alluvione relictus esset, Atii fieret; nam ipsa quoque via fundi esset. Nicht nur also bekommt der Staat am novus alveus, der vorher Privatgrundstück war, kein Eigenthum, sondern er verliert es, wenn er es zuvor hatte, so gut wie jeder Andere¹⁾; die res publica s. s. büsst dadurch, dass sie zum Flussbett gemacht wird, ihre bisherige Qualität ein (L. 7, § 5 i. f. eod.: — a missa propria forma) und wird, wenn der Fluss sie wieder verlässt, ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen vom Anfall der beneficia fluminis behandelt.

Während so zwischen dem Wasserfluss selbst und seinem Bett ein derart inniger Connex besteht, dass beide zusammen als ein ungetheiltes und untheilbares Ganzes erscheinen und nothwendig denselben rechtlichen Character haben (ganz analog dem Meer mit seinem Boden und seiner Küste), so ist der Zusammenhang von Wasserlauf und

¹⁾ Vgl. auch Pothier, Pandectæ (Parisiis, 1818) über diese Stelle.

Ufer ¹⁾ schon ein weniger enger. Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Ufer gewissermassen mit zur äussern Darstellung des Wasserlaufs gehören. Gothofred sagt darum (zu L. 1 pr. de flumin. 43, 12): *Tribus constant flumina: alveo, aqua et ripis*. Allein die Flussufer sind dem Wasser nicht in der Art ausgesetzt, wie etwa die Meeresküsten, die regelmässig befluthet werden, oder gar wie das eigentliche Wasserbett, welches vom Wasser gar nie verlassen wird. Die Ufer lassen sich noch in andern Beziehungen denken als in der einen, welche die Berührung mit dem Wasser hervorruft. Darum treten sie auch nicht um des Wassers willen aus dem Eigenthum heraus, um den rechtlichen Character des Wassers anzunehmen; aber es findet ein *usus publicus* an ihnen statt ²⁾. Dieser besteht, da für gewisse Gebrauchsarten des Wasserflusses die Benutzung der Ufer unumgänglich nothwendig ist, nach demselben *jus gentium*, welches, die Nothwendigkeit einer staatlichen Ueberwachung des Wassergebrauchs berücksichtigend, den *usus communis* am Wasser selbst zum *usus publicus* umwandelt. Es folgt auch dies aus der dem Staat überbundenen Aufgabe, den Genuss unentbehrlicher Naturgaben, soweit die Gefahr des Entzugs vorliegt, seinen Angehörigen zu sichern. Uebrigens ist der Gebrauch der Ufer auf diejenigen Ausübungen beschränkt, welche mit dem Gebrauch des Wasser-

¹⁾ Ufer ist die nächste seitliche Fortsetzung des Wasserbetts. *Paullus* definirt: *Ripa ea putatur esse, quæ plenissimum flumen continet* (den Wasserfluss in seinem höchsten Stande einfasst; L. 3, § 1 de flumin. 43, 12); *Ulpian*: *Ripa [autem] ita recte definietur id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens. Ceterum, si aliquando vel imbribus, vel mari, vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat* (L. 1, § 5 eod.)

²⁾ L. 5 pr. de D. R. 1, 8; § 4 I. de R. D. 2, 1.

laufs selbst in Verbindung stehen, nicht so gemeint, dass nun auf den Ufern, etwa wie an einem locus publicus, Jeder beliebig sich aufhalten, gehen, reiten, fahren könnte etc.; denn nur um des Wasserlaufs willen ist eine gewisse Publicität vorhanden. Ja es scheint sogar, dass nur in Benutzung der tragenden Kraft des Wassers, d. h. der Schifffahrt, welche überhaupt sehr begünstigt ist, eine Uferbenutzung freistehen soll; wenigstens hängen die uns genannten Gebrauchsarten: *navem appellere, funes ex arboribus in ripa natis religare, retia siccare et ex mari reducere, onus aliquod in ripa reponere*, alle eng mit der Beschiffung des Flusses zusammen; auch die Schlussbemerkung, alle diese Benutzungsweisen sollen gestattet sein gleich der Beschiffung des Flusses selbst (*sicuti per ipsum flumen navigare*), weist stark darauf hin. Ist dies richtig, so folgt, dass auch nur die Seiten schiff- und flössbarer Wasserläufe, Ufer im technischen Sinn, d. h. dem *usus publicus* unterworfen sind, während die Seiten der Bäche auch dieser beschränkten Publicität nicht unterliegen.

Dem *flumen publicum* gegenüber kann man vom *flumen privatum*, dem unbeständigen (freien) Wasserlauf, was dessen Einwirkung auf den durchflossenen Boden anlangt, sehr gut sagen: *nihil differt a ceteris locis privatis*, d. h. der Ort, über den ein unbeständiger Wasserfluss strömt, verliert dadurch rechtlich nichts von seiner bisherigen Qualität, so wenig als durch einen beständigen Wasserlauf, der aus seinen Ufern tritt und die Gegend überschwemmt. Aber der Boden übt auch auf die rechtliche Qualität des Wassers keinen Einfluss aus. Dieser gehört daher nicht etwa dem Eigenthümer des durchflossenen Grundstücks, sondern ist in seinem ganzen Lauf *res communis omnium*, Jedem, der zukommen kann, zum beliebigen Gebrauch verstattet. Einen

besondern Schutz der Gesamtheit gegenüber der Einzelwillkür gibt es hier nicht.

Die Art und Weise, wie die gemeine Nutzbarkeit der flumina publica erhalten wird, näher zu betrachten, ist hier nicht der Ort. Nur im Allgemeinen ist zu bemerken, dass, in Uebereinstimmung mit dem Schutz des usus publicus an allen übrigen res publicæ s. s., auch hier, ausser der Ueberwachung von Amtswegen (L. 2 de extraord. cogn. 50, 13), der Selbstschutz der Bürger eintritt, welchem Zweck verschiedene besondere Rechtsmittel, theils Popularklagen, theils Privatklagen, dienen. Sie richten sich gegen jede Handlung, welche geeignet ist, den bisherigen Wasserlauf in Bezug auf die Art und Weise (modus) oder die Richtung (rigor) des Fließens oder die Wassermenge (quantitas aquæ) merklich zu verändern oder die Beseitigung des durch solche Vornahmen herbeigeführten Zustands zu verhindern¹⁾, und insbesondere gegen jede Beeinträchtigung der Schiff- und Flossfahrt, sowohl indirecte durch irgendwelche störende Vornahmen an Wasser, Bett oder Ufern²⁾, als directe durch Gewaltthätigkeit gegen den Fahrenden selbst³⁾. Uferschutzbauten sind gestattet, wenn sie nur die Schifffahrt nicht stören und die andern Anwohner nicht schädigen, und durch ein besonderes Interdict sowohl⁴⁾ als durch eine besondere Einrede⁵⁾ geschützt; auch sonstige Vornahmen dürfen von

¹⁾ L. 1, § 12 de flumin. 43, 12. Titulus ne quid in fl. p. 43, 13. Beim letztern Interdict wird der Zustand vom vorigen Sommer entscheidend.

²⁾ Titulus de flumin. 43, 12.

³⁾ Titulus ut in fl. p. 43, 14.

⁴⁾ Titulus de ripa munienda 43, 15.

⁵⁾ L. 1, § 6 ne quid in fl. p. 43, 13. S. auch L. 1, § 16 de flumin. 43, 12.

Jedermann im flumen publicum gemacht werden (besonders wohl auch zur Reinigung des Wasserbetts ¹⁾), wenn dadurch nicht die Schifffahrt oder der Wasserlauf gehemmt wird ²⁾. Der Schutz der Schifffahrt geht so weit, dass Wasserableitung aus einem flumen publicum geradezu überhaupt verboten ist, wenn dasselbe entweder selbst schiffbar ist oder daraus ein anderes schiffbar gemacht wird, nach L. 2 de flumin. 43, 12 und L. 10, § 2 de aqua quot. 39, 3. ³⁾ In der erstern Stelle ist die navigatio um der ihr beigelegten Wichtigkeit willen κατ' ἐχοχὴν als usus publicus bezeichnet. Die Schifffahrt ist nach alledem vor der Landwirthschaft im R. R. weit bevorzugt. Die Benutzung der treibenden

¹⁾ Hesse, p. 194, weist auf die Stelle bei Gellius hin (noctes Atticae, lib. XI, c. 17): — qui flumina retanda publice redemta habent. Gellius erläutert zu diesen in einem alten Edict enthaltenen Worten: retanda flumina locari solita esse, id est, purganda, ne quid aut morae aut periculi navibus in [ea] virgulta incidentibus fieret, nachdem er zuvor die retae für arbores, quae aut ex ripis fluminum eminent aut in alveis eorum exstarent, erklärt hat. Danach hätte der Staat auch von sich aus die Flussreinigung besorgt.

²⁾ L. 1, § 12 de flumin. 43, 12; L. 1, § 3 ne quid in fl. p. 43, 13.

³⁾ Natürlich darf dies nicht allzu weit ausgedehnt werden. Romagnosi (p. 23) bemerkt: »Hiedurch ist uns gar keine feste Grenze gesetzt, und wir können die Consequenzen bis zu den Flussquellen und dem Regen, der vom Himmel fällt, treiben.« Letztere Consequenz ist zwar nicht zu fürchten; denn das abfließende Regenwasser bildet für sich noch kein flumen publicum. Hier eine vernünftige Grenze zu ziehen, ist dem Ermessen des die Flusspolizei handhabenden Prätor oder Præses provinciæ überlassen. Will man eine allgemeine Norm haben, so wird man höchstens etwa sagen können: Ableitung aus einem flumen publicum haud navigabile ist dann verboten, wenn dasselbe bis zu seiner Mündung bei natürlichem Verlauf so bedeutend wird, dass ohne diesen Wasserzufluss ein anderes flumen publicum die Schiffbarkeit einbüßte.

Kraft des Wassers kannten die Römer fast noch gar nicht. Erst in der von Arcadius und Honorius herrührenden c. 4 Cod. Theod. de can. frum. arb. Rom. (erneuert von Zeno, L. 10 Cod. I. de aquæd. 11, 43) wird die aquæ mola erwähnt (Funke, p. 278, weist darauf hin, dass nach Suetonius, Caligula, c. 39, es in Rom an Brod fehlte, als unter diesem Kaiser das Vieh in den molæ jumentariæ zu andern Zwecken verwendet worden war); was die Maschinenwerke gegenüber der Landwirthschaft für eine Stellung eingenommen hätten, dafür lässt sich daher nur eine Vermuthung aufstellen; wahrscheinlich wären auch sie der Landwirthschaft vorgegangen¹⁾.

Abgesehen von dem Generalverbot, ausschiffbaren (resp. schiffbar machenden) Wasserläufen Wasser abzuleiten; ist innerhalb der von den angeführten Interdictsbestimmungen gezogenen Grenzen jederlei Benutzung eines flumen publicum allgemein hin unbenommen; jedoch werden

¹⁾ Beispiele der mächtigen Bevorzugung der Mühlen im Mittelalter liefern die consuetudines Mediolanenses von 1216 und die statuta civitatis Mediolanensis von 1396 (mitgetheilt bei C. F. v. Rumohr, historische Belege zur Reise in die Lombardei etc., 1838, im Auszug auch bei Elvers, p. 599 ff.); in Folge davon trat auch schnell eine mächtige Vermehrung der Mühlen ein, wovon schon die mailändische Verordnung vom 19. Nov. 1473 redet. — Recht scheint mir übrigens Glass (a. a. O., p. 132 ff.) zu haben, wenn er in Fällen der Concurrenz von Industrie und Landwirthschaft, falls das landwirthschaftliche Unternehmen von gleicher oder annähernder Wichtigkeit ist, der Landwirthschaft den Vorzug einräumen will, indem die Triebkraft des Wassers durch andere Kräfte, die Kulturkraft desselben durchaus nicht ersetzt werden könne, ferner die Landwirthschaft sich der Wasserbenutzung früher als die Industrie bemächtigt habe und die grössere Wohlfeilheit der Wasserkraft in Zukunft muthmasslich mehr und mehr durch die Fortschritte der Mechanik werde neutralisirt werden.

specielle (vom Kaiser oder Senat ausgehende) Erlasse gegen bestimmte Nutzungen an allen oder an näher zu bezeichnenden Gewässern vorbehalten¹⁾. In allen Verbotsfällen aber kann besondere Gestattung von Seite des Kaisers zu Gunsten Einzelner diesen über das Verbot hinaushelfen. Dies führt uns zum Schluss auf eine kurze Besprechung der sog. *jura propria an res publicæ s. s.*

Jura propria, Sonderrechte, sind durch staatliche Verleihung erworbene Vorzugsrechte Einzelner an *res publicæ s. s.*, die auf andere oder auf umfassendere Nutzungen gehen, als die schon im *usus publicus* begriffenen. Erwähnt sind solche Sonderrechte vielfach, so in L. 17 de *servit. pr. r.* 8, 3. L. 18, § 1 de *aqua et a. pl. a.* 39, 3. L. 2 pr. und § 10, § 15—17 ne *quid in l. p.* 43, 8. L. 1 pr. de *loco p. fr.* 43, 9. L. 1, § 41—43 de *aqua quot.* 43, 20. L. 3, § 4 *quod vi aut clam* 43, 24. L. 13, § 7, L. 14 de *injuriis* 47, 10. Wie unter den Servituten gibt es unter den *jura propria* genannten Rechten sowohl personale, als reale²⁾; im erstern Fall kann jedenfalls die Ausübung

¹⁾ L. 2 cit. de *flumin.* 43, 12: — nisi Imperator aut Senatus vetet.

²⁾ L. 196 de *R. I.* 50, 17: *Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ; et ideo quædam ad heredem transmittuntur, quæ causæ sunt; quæ personæ sunt, ad heredem non transeunt.* L. 1, § 43 de *aqua quot.* 43, 20: *Et datur (jus aquæ ducendæ) interdum prædiis, interdum personis; quod prædiis datur, extincta persona non extinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur; ideoque neque ad alium dominum prædiorum, neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit.* In der ältern Zeit scheinen übrigens nur personale Beleihungen vorgekommen zu sein; so berichtet noch Frontinus (gest. 106 n. Chr.) p. 253: *Jus impetratæ aquæ* (nämlich aus öffentlichen Leitungen) *neque heredem, neque emptorem, neque alium novum dominum prædiorum sequitur.*

des Rechts für die Lebenszeit der beliehenen Person einer andern übertragen werden; im letztern ist das Recht mit dem Grundstück eng verbunden, auch der Ausübung nach, und wird mit diesem vererbt und veräussert. Die Verleihung von Sonderrechten geschieht in der ältesten Zeit durch Volksschluss, dann durch Senatsbeschluss, zuletzt nur noch durch kaiserliche Entschliessung (L. 2 pr. cit. ne quid in l. p. 43, 8: Prætor ait: Ne quid in loco publico facias, in eo locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, præterquam quo Lege, Senatusconsulto Edicto Decretive Principis tibi concessum est de eo quod factum sit, interdictum non dabo. L. 1, § 41—42 cit. de aqua quot. 43, 20: Permittitur autem aquam ex castello vel ex rivo vel ex quo alio loco publico ducere. Idque a Principe conceditur, alii nulli competit jus aquæ dandæ). Sonderrechte an Gemeindesachen werden natürlich von der Gemeinde, resp. deren Vertretern verliehen. Die jura propria werden theils durch die gewöhnlichen ¹⁾, theils durch besondere ²⁾ Rechtsmittel geschützt. Wenn Hesse behauptet,

Balneis, quæ publice lavarent, privilegium antiquitus concedebatur, ut semel data aqua perpetuo maneret —: nunc omnis aquæ cum possessore instauratur beneficium (d. h. jedes Wasserrecht wird jetzt auf die Person des Beliehenen eingeschränkt. Nur 30 Tage lang nach dessen Tod wird dem Grundstück, auf welches er das Wasser verwendete, der Wassergenuss noch gelassen; p. 254: Humanus visum est Principi nostro, ne prædia subito destituerentur, triginta dierum spatium indulgeri, intra quod ii, ad quos res pertinet, irrigarent).

¹⁾ So wird in L. 14 cit. de injur. 47, 10 gegen Verletzung eines maris proprium jus das interdictum Uti possidetis zugesichert, in L. 3, § 4 de rivis 43, 21 das interdictum de rivis.

²⁾ L. 1 de loco p. fr. 43, 9; L. 1, § 38 de aqua quot. 43, 20. Das an letzterm Ort genannte Interdict, durch welches das Recht,

dass sich im R. R. kein so constanter und durchgängiger Schutz für die Sonderrechte herausgebildet habe, wie für andere Rechte, so lässt sich das wenigstens aus der von ihm angeführten L. 3, § 2—4 quod vi aut clam 43, 24 nicht erweisen. Es ist dort in § 2 gesagt, wenn der, welcher des interdictum quod vi aut clam sich bediene, die als Gewaltthätigkeit hingestellte Handlung selbst erlaubt habe, so stehe daraus dem Beklagten eine Einrede zu. § 3 dehnt diese Einrede auf den Fall aus, wo ein bevollmächtigter Vertreter (procurator meus, vel tutor, qui tutelam administrat, vel curator pupilli, furiosi sive adolescentis) die Erlaubniss erteilt hat. § 4 verweigert die Einrede für den Fall, wo ein zur Concessionsertheilung incompetenter Beamter (Præses vel curator reipublicæ) die Erlaubniss zu der von einem Privaten eingeklagten Vornahme auf öffentlichem Grund und Boden gegeben hat; wenn aber der curator reipublicæ kraft der lex municipalis zur Concessionsertheilung befugt gewesen ist, ebenso selbstverständlicherweise, wenn der Princeps oder dessen Bevollmächtigter (is, cui Princeps hoc jus concedendi dederit) die Concession zu der Vornahme erteilt hat, so ist die Einrede statthaft. — Eine actio civilis wird daher im Allgemeinen nicht mangeln (wie in dem von Hesse p. 275 citirten Fall der L. 12 pr. de religiosis 11, 7) und eine

aus öffentlichen Aquæducten Wasser zu leiten, in seiner Ausübung geschützt wird, dient zugleich dazu, die ganze Frage über das Bestehen des Rechts zur Entscheidung zu bringen (womit jedoch nicht gesagt ist, dass actio confessoria überhaupt ausgeschlossen sei); L. 1, § 45 eod.: meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quæstionem finiri assignationis, non enim præparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet jus assignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur.

Aushilfe mit *interpellatio extra ordinem* darum nicht nöthig sein; dass gegenüber dem *Populus*, resp. dem *Princeps*, ein Sonderrecht nicht mit einer civilen Klage gewahrt werden kann, ist keine Zurücksetzung der Sonderrechte gegenüber andern Rechten, indem man gegen diese Personen überhaupt nicht klagen, sondern nur durch Einreichung von Bittgesuchen (*preces*) sich helfen konnte.¹⁾ So kann nach L. 24 pr. de damno inf. 39, 2 der Staat nicht zur Leistung von *cautio damni infecti* angehalten werden: vel *Princeps adeundus est*, vel, si in provincia fiat (opus), *Præses provinciæ* ²⁾.

Es fragt sich nun, welches denn die rechtliche Construction der Sonderrechte sei. Es wird ganz allgemein die Behauptung aufgestellt, dieselben haben stets einen gemischten, öffentlich-privatrechtlichen Character.³⁾ Um die Richtigkeit dieser Aufstellung zu prüfen, betrachten wir zuerst die Sonderrechte an Sachen, die erst nach besonderer staatlicher Bestimmung dem *usus publicus* eingeräumt sind, den *res publicæ s. s. jure civili*. Hier sind zunächst diejenigen *res publicæ* auszuscheiden, die zugleich *res sacræ* sind, wie

¹⁾ Das deutsche Recht schützt nach Gerber (deutsches Privatrecht, § 67 a. E.) die verliehene Berechtigung, auch gegen den Staat, mit den gewöhnlichen petitorischen und possessorischen Rechtsmitteln. — Ueber die Frage der Entschädigung bei Schmälerung oder gänzlichem Entzug staatlich concessionirter Rechte durch den Staat s. Mittermaier, Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 23, p. 137 ff. Schwab, ebendas., Bd. 30, Beilageheft, p. 79 ff., und p. 170 ff. Hesse, a. a. O., p. 276 ff.

²⁾ S. noch L. 2, § 3 de aqua et a. pl. a. 39, 3: *Cassius autem scribit, si qua opera aquæ mittendæ causa publica auctoritate facta sint, in aquæ pluviae arcendæ actionem non venire*. L. 23 pr. eod.: *Quod Principis aut Senatus jussu aut ab his, qui primi agros constituerunt, opus factum fuerit, in hoc judicium non venit*.

³⁾ So z. B. Hesse a. a. O. p. 272.

der campus Martius. Was sie betrifft, so ist die Erinnerung daran, dass sie eigentlich überhaupt ausserhalb des *jus humanum* stehen, nie so sehr zurückgetreten, dass je von einem *jus proprium* daran die Rede wäre.¹⁾ Sie fallen daher hier nicht weiter in Betracht. Die übrigen *res publicæ s. s. jure civili* sind, wie früher ausgeführt, zwar nicht begrifflich, aber factisch sämmtlich Staatseigenthum. Ihre *Extracommercium*qualität besteht darin, dass Niemand als der Staat selbst sie zum Gegenstand von Privatrechtsgeschäften machen kann (resp., was die uneigentlich sog. *res publicæ s. s. einer civitas* angeht, eben die *civitas* als ihre Eigenthümerin). Der Staat selber kann über sie in ganz gleicher Weise verfügen, wie jeder Private über sein Eigenthum; er kann mit gänzlicher Aufhebung des *usus publicus* eine solche Sache verkaufen, vertauschen etc. (womit sie denn natürlich auch für alle Dritten aufhört, *extra commercium* zu sein), oder er kann blosse Belastungen der Sache vornehmen, welche den *usus publicus* nur einschränken (in diesem Fall bleibt die *Extracommercium*qualität für alle Dritten bestehen). Irgend eine Besonderheit ist in dergleichen Vornahmen des Staats nicht zu finden. Das Recht, welches er einem Privaten durch Belastung der Sache, bald entgeltlich, bald unentgeltlich, einräumt, ist ein reines Privatrecht²⁾, das er

¹⁾ Bemerkenswerth ist L. 1, § 19 *ne quid in l. p. 43, 8*, zusammen mit § 17 *eod.*: während bei einer ohne Erlaubniss in *loco publico* aufgeführten Baute, falls sie den *usus publicus* nicht hindert, durch Auflegung eines *solarium* ein *superficiarisches jus proprium* verliehen wird, muss der in *loco sacro* gemachte Bau unter allen Umständen wieder beseitigt werden. Dies ist gewiss auch auf den *locus publicus sacer* zu beziehen.

²⁾ L. 6 *Cod. de aquæd. 11, 43* nennt das *jus aquæ ducendæ* an einem öffentlichen Aquädukt geradezu *servitus*; in L. 1, § 19

selber nicht eher als irgend ein anderes Privatrecht antasten darf.¹⁾ Selbst wenn der Act der Verleihung als ein staatsrechtlicher zu betrachten wäre, so hätte man doch keinen Grund, das einmal constituirte Recht als ein öffentlich-privatrechtliches zu bezeichnen. Aber von einem staatsrechtlichen Act ist gar keine Rede; wer davon spricht, geht von der Meinung aus, der Staat müsse zum Zweck der Verleihung erst die Verkehrsunfähigkeit dieser Sachen kraft seiner Hoheit durchbrechen; aber einmal hat er dies

cit. ne quid in l. p. 43, 8 wird das verliehene jus proprium deutlich als superficies gekennzeichnet.

¹⁾ So sagt L. 1, § 44 de aqua quot. 43, 20 von dem realen jus aquæ ducendæ ex aquæductu publico a Principe impetratum: Plane ei, ad quem dominium transit, impetrabile est; nam si docuerit, prædiis suis aquam debitam, et si nomine ejus fluxisse, a quo dominium ad se transiit, indubitate impetrat jus aquæ ducendæ; nec est hoc beneficium, sed injuria, si quis forte non impetraverit. — Die Wasserleitungsrechte aus öffentlichen Aquäducten (die, was die kleinern Verbrauchsarten, wie Tränken, Schöpfen, anbetrifft, schon jure civitatis benutzt werden dürfen) werden nach L. 7 Cod. de aquæd. 11, 43 durchaus unentgeltlich verliehen (: Illo videlicet observando, ut nemo eorum, qui jus aquæ possident, quamcunque descriptionem sustineat; nam execrabile videtur, domos hujus almæ urbis aquam habere venalem), während nach Frontinus, p. 256—257, noch zu seiner Zeit jährlich 250,000 Sestertien für solche Leitungsconcessionen eingiengen, womit man den Aufwand für das mit Erhaltung der Aequæducte beschäftigte Arbeiterpersonal deckte. Ueberhaupt aber scheint der römische Staat im Ganzen aus der Verleihung von Sonderrechten an solchen Sachen keine Finanzoperation gemacht zu haben. So z. B. erfahren wir nicht, dass der, welcher Erlaubniss zu einer Baute auf einem öffentlichen Platz einholt, einen Entgelt zu zahlen hätte; nur in dem Fall, wo die Baute ohne Erlaubniss aufgeführt worden ist, wird ein solarium aufgelegt (L. 1, § 17 cit. ne quid in l. p. 43, 8). Immerhin kommt die Verpachtung gewisser Nutzungen vor (s. z. B. den Titulus de loco p. fr. 43, 9).

gar nicht nöthig, weil sie für ihn eben nicht verkehrsunfähig sind; sodann muss man doch, wenn man dieselben für *objectiv* verkehrsunfähig hält, fragen, wie es denn die *civitates* anstellen, wenn sie an ihren *res publicæ s. s.*, die doch auch verkehrsunfähig sind, ein Sonderrecht verleihen wollen. Wie könnten sie, da ihnen die *H o h e i t* abgeht, auch nur z. B. die Grasnutzung in einer städtischen Gartenanlage an einen Einzelnen vergeben? Dieser Schwierigkeit entgeht man nur dann, wenn man ein einfaches *civiles* Rechtsgeschäft annimmt.

Anders verhält es sich mit denjenigen *res publicæ s. s.*, die, *naturali jure omnium communes, jure gentium publicæ* sind, d. h. mit dem Meer (dem wohl, wie schon früher bemerkt, die bedeutendern Seen gleichzustellen sind) und mit den perennirenden Wasserläufen. Es muss hier an Folgendes kurz erinnert werden: Diese Dinge sind als solche factisch unbeherrscht und unbeherrschbar; wenn ein *T h e i l* aus dem Meer oder dem fließenden Wasser ausgeschieden wird, so verliert er damit auch sein Wesen als Meer, weil er dem mächtigen Zusammenhang, der Meer heisst, entzogen, als fließendes Wasser, weil sein Fließen aufgehoben wird. Die natürliche Unbeherrschbarkeit aber entzieht diese Sachen dem Privatrecht, das von seinen Objecten die Beherrschbarkeit verlangt, zunächst allerdings dem Eigenthum, welches die volle, allseitige und alldurchdringende Sachherrschaft ist, sodann aber auch aller andern Privatberechtigung schon deswegen, weil jede davon die allgemeine Beherrschbarkeit, die Eigenthumsfähigkeit, zur Voraussetzung hat. Nun aber ist nicht zu verkennen, dass denn doch eine *g e w i s s e* Beherrschung auch über das Meer ausgeübt werden kann, eine Beherrschung freilich, die, mit der *E i g e n t h u m s -* herrschaft nicht zu vergleichen, mehr nur an der Ober-

fläche stehen bleibt, nicht die ganze Substanz, die Innerlichkeit der Sache ergreift. Und eine ähnliche beschränkte Herrschaft ist am beständigen Wasserlauf möglich, wenn nicht seine momentan vorhandene, stets wechselnde Füllung, sondern vielmehr seine bleibende, den Character der Unbeweglichkeit an sich tragende Gesamterscheinung ins Auge gefasst wird. Wenn z. B. Jemand an einem bestimmten, übrigens mit dem Ganzen zusammenhängenden Meerestheil oder an einer bestimmten Flussstrecke ausschliesslich während längerer Zeit den Fischfang ausübt, so sieht die damit verbundene Benutzung des Wassers einem privaten Nutzungsrecht nicht unähnlich. Eine Andeutung, dass auch den Römern die Verwandtschaft eines solchen Verhältnisses mit einer privaten Berechtigung nicht entgangen ist, gibt die L. 7 de div. temp. præscr. 44, 3: Si quisquam in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure uti prohibet; die Ausübung der Fischerei in einem Flussarm, welche durch ihre Ausschliesslichkeit und ihre Dauer an ein Privatrecht erinnert, genießt einen besondern prätorischen Besitzschutz. Ueber diese Art quasi juris possessio freilich kann der Ausübende nicht hinauskommen; auch die längst andauernde ausschliessliche Wasserbenutzung vermag nicht, ihm ein die thatsächliche Uebung überdauerndes Privatrecht zu begründen. Sobald er die Ausübung vernachlässigt, wird er (nach L. 45 pr. de usurp. et usuc. 41, 3) auch vor keinem Andern mehr bevorzugt. — Wenn ferner Jemand eine Leitung aus einem flumen publicum hat, das gleich dem fons eine causa perpetua bietet, so muss man zugestehen, dass er eine ähnliche Nutzungsherrschaft am flumen publicum ausübt, wie die Ausübung der Wasserleitungsservitut am fons oder, was im spätern Recht auch möglich war, am ductus aquæ ist. Aber der Private

kann eine solche der Ausübung von *jura in re aliena* ähnliche Herrschaftsbethätigung nicht zum Privatrecht stem-
peln. Die Schwierigkeit, welche darin liegt, dass die ganze
Rechtsanschauung jedem Privatrecht an einer der vollen,
d. h. der Eigenthumsherrschaft unfähigen Sache wider-
strebt, vermag er nicht zu überwinden; er vermag nicht
eine neue Gattung von dinglichen Rechten: Rechte an eigen-
thumsunfähigen Sachen, zu schaffen, wobei überdies noch
hinsichtlich des *flumen publicum* die Fiction der Unbeweg-
lichkeit des Objects vorausgehen müsste. Hier hilft nur die
Autorität des Staats aus. Er allein kann kraft seiner
gesetzgeberischen Hoheit an den Dingen, welche zufolge
ihrer natürlichen Beschaffenheit nie und nimmer das Eigen-
thum, wohl aber geringere Rechtsherrschaft ertragen, Be-
fugnisse mit privatrechtlichem Character begründen, d. h.
den Einzelnen Sonderrechte verleihen. Dass aber solche vom
Staat kraft seiner gesetzgeberischen Hoheit verliehene Sonder-
rechte dann eigentliche Privatrechte sind, unterliegt keinem
Zweifel, wenn man die Ausdrucksweise der Quellen beachtet.
So sagt z. B. L. 14 cit. de injur. 47, 10 in Betreff des mit
einem *jus proprium* am Meer Beliehenen: — *Uti possidetis
interdictum competit, si prohibeatur jus suum exercere,
quoniam ad privatam jam causam pertinet, non
ad publicam hæc res, utpote quum de jure fruendo
agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica;
ad privatas enim causas accommodata interdicta sunt, non
ad publicas.* Man hat daher auch hier keinen Grund, von
einem öffentlich-privatrechtlichen Character zu reden; dass
das so begründete Sonderrecht unter keine der sonst be-
stehenden Klassen von Privatrechten sich einreihen lässt,
kann doch seinem privatrechtlichen Character wohl nicht
schaden. — Das verliehene Sonderrecht unterscheidet sich

von dem allgemeinen Menschenrecht an *res publicæ jure gentium*, welches immerhin als die Wurzel des Sonderrechts zu betrachten ist, dadurch, dass es auf ein bestimmtes Mass und auf einen bestimmten Raum fixirt, als Personalrecht der Ausübung nach übertragbar, auch wohl schon im R. R. hinsichtlich seiner Dauer oft (durch Radicirung auf ein Grundstück) über die beliebene Person hinaus perpetuirt und gegen jede Beeinträchtigung durch Privatpersonen in seinem vollen Umfang mit den gewöhnlichen privaten Rechtsmitteln geschützt ist. Was die Entziehung durch den Staat selbst anbelangt, so scheint mir principiell richtig zu sein, dass dieselbe nie ohne Entschädigungsleistung geschehen kann, mag sie auch aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt nothwendig werden (es müsste denn die Ausübung ausdrücklich nur bittweise, auf freien Widerruf, gestattet worden sein). Das allgemeine Princip, dass der Staat die Privaten für den Entzug wirklicher Privatrechte zu entschädigen hat, trifft hier vollkommen zu, mag immerhin der Verleihungsact nicht ein Privatrechtsgeschäft gewesen sein, wie bei den an Staatseigenthum begründeten Sonderrechten. — Im Ganzen muss sich der Staat bei der Verleihung von *jura propria an res publicæ s. s. jure gentium* von dem Bestreben leiten lassen, die Nutzungsverhältnisse an diesen Dingen in einer das Gesamtwohl möglichst fördernden und die vorhandene Brauchbarkeit möglichst ausnutzenden Art und Weise¹⁾ zu reguliren. Er muss sich stets erinnern, dass

¹⁾ Schenk, zur Wasserrechtsfrage (1860; eine besonders den nationalökonomischen Standpunkt in Wasserrechtsverhältnissen betonende Schrift) weist vielfach auf die grosse Wichtigkeit einer richtigen Vertheilung des Wassers hin. »Die Erfahrung hat uns jetzt hinreichend belehrt«, sagt er p. 11, »dass das fliessende Wasser bei einem vernünftigen Gebrauch und einer kunstgerechten

er nicht eigenes Recht überträgt, sondern dass er nur der Bewahrer der natürlichen Rechte seiner Angehörigen ist, welche er diesen, zu *jura propria* fixirt, zurückgibt. Er darf daher insbesondere die Verleihung nicht zu einer Finanzquelle für sich machen, sondern höchstens so viel dafür nehmen, dass er für die ihm aus seiner Ueberwachung und Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit jener Dinge erwachsenden Kosten einige Deckung erhält.¹⁾ Ein Privatrecht, das der Staat um seiner fiscalischen Zwecke willen an diesen Sachen für sich selber aufstellen würde, könnte wenigstens nicht auf die natürliche Berechtigung basirt werden, in der die *jura propria* der Privaten ihre Wurzel haben, da der Staat keine physische Persönlichkeit besitzt.

Mit der Ansicht Hesses kann man sich wohl einverstanden erklären, dass Sonderrechte gleich Servituten durch 10jährigen Nichtgebrauch untergehen. Quellenstellen können dafür nicht angeführt werden, wohl aber der Umstand, dass viele Sonderrechte wirkliche Servituten sind, die andern wenigstens analoge Behandlung verdienen. Auch hat bei der Ausübung von Sonderrechten die Berufung auf unvordenkliche Verjährung nichts gegen sich, sobald man dieser nur nicht einen constitutiven Character beilegt — die

Vertheilung zur Befriedigung aller Bedürfnisse ausreicht. In dem Fürstenthum Siegen hat gerade der blühende Gewerbebetrieb und die Benutzung und Leitung der Wasserkraft zu grösseren Gewerbeanlagen die gleichzeitige Benutzung für die Wiesenkultur begünstigt.«

¹⁾ Hiemit stimmt auch Börner (p. 370). — Die *conductio*, Verpachtung, von der in L. 13, § 7 de injur. 47, 10 die Rede ist, braucht nicht gerade auf das Meer bezogen zu werden, sondern wird viel natürlicher von den zuletztgenannten *loca publica* verstanden.

Begründung von privatrechtlichen Befugnissen durch unvordenklichen Besitz würde der Verkehrsunfähigkeit gerade so widersprechen, wie die durch ordentliche oder ausserordentliche Ersitzung —, sondern den Nachweis unvordenklichen Besitzes bloß die schützende *præsumtio juris* erzeugen lässt, dass das Sonderrecht dereinst wirklich einmal begründet, nämlich, was bei sämtlichen *res publicæ s. s.* (ausser den *res sacræ*, die auch hievon ausgenommen) die einzig mögliche Art der Begründung ist, vom Staat verliehen worden sei. Hiefür kann man sich auch auf Aussprüche der Quellen stützen. Zwar die L. 7 cit. de div. temp. præscr. 44,3 kann man nicht mit Hesse¹⁾ dafür anführen, da sie durchaus nur von mehrjährigem, nicht von langjährigem, noch weniger von unvordenklichem Besitz redet und, wie kaum erwähnt, nur eine durch das Andauern des Besitzes bedingte Befugniss, Andere von derselben Nutzung auszuschliessen, und einen eben dadurch bedingten, besonders prätorischen Schutz anerkennt. Eine ziemlich gekünstelte Auslegung der Stelle gibt Hofmann (Versuche, Heft 2, p. 51—60). Danach soll die Stelle nur den Zweck haben, zu erläutern, von welchem Zeitpunkt an eine Ersitzung als begonnen zu betrachten sei, wobei es von Bedeutung sein soll, dass es heisst: *piscatus sit* und nicht *piscatus esset*, *prohibet* und nicht *prohibebit*; mir will scheinen, wenn das wirklich der Zweck der Stelle wäre, so

¹⁾ Hesse; p. 276. Warum er das *maris jus proprium* in L. 14 cit. de injur. 47, 10 für bloß durch Occupation und fortgesetzten Gebrauch erwerbbar, also eine Verleihung durch den Princeps für unmöglich hält, kann ich nicht einsehen. Im Gegentheil: Nur wenn ein *jus proprium* am Meer verliehen werden kann, ist es denkbar, dass unvordenklicher Besitz schützt, indem derselbe nur die Präsumtion einmal gemachten rechtlichen Erwerbs erzeugt, dieser aber nur auf dem Weg der Verleihung stattgefunden haben kann.

hätte sie nicht gerade ein unersitzbares Object zur Demonstration des Anfangspunkts der Ersitzung gewählt¹⁾. Dagegen ist hier verwendbar die L. 26 de aqua et a. pl. a. 39, 3: Scævola respondit, solere eos, qui iuridicundo præsunt, tueri ductus aquæ, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur. Die Fassung der Stelle ist ganz allgemein, geht auf alle, also auch auf die aus öffentlichen Aquæducten oder Flüssen oder über öffentlichen Boden stattfindenden Wasserleitungen. Dass nach ihrer Stellung im Tit. de aqua et a. pl. a. die Stelle nur von servitutenmässigen Verhältnissen an Privatgrundstücken rede, ist unerweislich, da z. B. l. 10, § 2 im selben Titel von der Wasserversorgung aus flumina publica und L. 18 § 1 von der durch öffentlichen Boden kraft permissus Principis gelegten Leitung handelt. Noch unzweifelhafter ist L. 3, § 4 de aqua quot 43, 20: Ductus aquæ, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur, hieher zu ziehen, da soeben in L. 2, § 38—45 von der Wasserableitung aus öffentlichem Aquæduct, und, noch näher, in derselben L. 3, § 1—2 von dem ductus aus einem flumen publicum die Rede gewesen ist. Ferner dürfte hieher L. 4 Cod. de aquæd. 11, 43 gehören: Usus aquæ veterem longoque dominio constitutum singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione turbari; ita tamen, ut quantitatem singuli, quam veteri licentia percipiunt, more usque in præsentem diem perdurante percipiant. Licentia kann hier nicht Erlaubniss, Concession, bedeuten, sondern nur den negativen Sinn: Geschehenlassen, Zusehen, haben; sonst könnte nicht gleich darauf der usus aquæ als more geschehend bezeichnet werden. Endlich sind wohl

¹⁾ Vgl. übrigens auch Elvers, p. 431—432, Anm. 41.

auch die beiden vielbesprochenen ¹⁾ und mannigfachen Unterbringungsversuchen trotzenden Codexstellen L. 6 und L. 7 Cod. de servit. et a. 3, 34 so zu verstehen, dass die unvordenkliche Ausübung eines Sonderrechts an einem flumen publicum gleich dem nachweislich erworbenen Sonderrecht solle geschützt werden. Dabei bin ich allerdings der Meinung, dass in L. 6 die Verumständung, wonach dem über Wasserentzug sich Beklagenden das Eigenthum am Quellgrundstück zusteht, gleichgültig ist ²⁾ und die ganze Betonung auf den Worten: „contra statutam consuetudinis formam“ ruht, welcher Umstand ja auch in der folgenden L. 7 der alleinentscheidende ist. — Diese Stellen dürften genugsam beweisen, dass die im R. R. auf wenige Fälle beschränkte Immemorialverjährung eine Hauptanwendung bei dem behaupteten Bestehen von jura propria an res publicæ s. s., besonders auch an flumina publica, findet.

Hiemit kann der Versuch, den römisch-rechtlichen Begriff der Publicität bezüglich fließender Gewässer darzustellen, abgeschlossen werden. Die gebotene Begrenzung dieser Arbeit erlaubt es nicht, jenen Begriff im deutschen gemeinen Recht, der particulären (auch ausserdeutschen) Gesetzgebung und insbesondere im zürcherischen Recht zu verfolgen. Vollkommen anerkenne ich, dass bei den vervielfachten Anfor-

¹⁾ Vgl. Savigny, System, Bd. 4, p. 502. Funke, Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 12, p. 294—295 u. p. 445—446. Kori, ebendas., Bd. 18, p. 44. Hesse, a. a. O., p. 244—249.

²⁾ Hesse (gegen Funke) nennt sie »eine weitere Motivirung und Coloration der Entscheidung«. Uebrigens versteht Hesse beide von einem perennirenden flumen privatum, welcher Begriff schon oben verworfen werden musste.

derungen der modernen Cultur an das fließende Wasser der Staat die Ueberwachung und Gebrauchsvertheilung aller beständigen Wasserläufe in intensivster Weise an die Hand nehmen muss, und dass besonders in zwangsgesetzgeberischer Hinsicht ¹⁾ die Wasserrechtsverhältnisse einen bedeutenden Ausbau zu erfahren haben, während anderseits es nothwendig ist, die Privatberechtigung des Staats an fließenden Gewässern, welche vom Mittelalter her unter dem Namen Regalität sich breit macht, zurückzuweisen. Wer aber die Grundsätze des römischen Rechts für unbrauchbar erklärt und eine heutige Wasserrechtslehre auf durchaus verschiedener Grundlage aufbauen zu müssen glaubt, wie dies bis in die neuste Zeit hinein gangbar war, der zieht aus dem in den römischen Quellen vorhandenen Material ein falsches Resultat. Möchte es gelungen sein, streng quellenmässig das Wesen der Publicität einerseits, die Natur der aqua profluens und den Umfang dieses Begriffs anderseits klarzustellen und deren Verbindung zu zeichnen. Es wäre dann bewiesen, dass auch das weitgehendste Eingreifen des Staats in die Wasserrechtsverhältnisse zum Zweck einer gemeinnützlichen Regulirung mit einem Privateigenthum am Wasser (mag man es strenges Eigenthum, getheiltes Eigenthum, Herrschaft oder sonstwie nennen) auch beim geringsten Wasserlauf nach römisch-rechtlichen Grundsätzen nie in Conflict kommen kann, weil ein derartiges Recht an fließendem Wasser überhaupt unmöglich ist; es wäre ferner keinem Zweifel mehr

¹⁾ Vgl. über die in den europäischen Ländern bestehenden, auf Wasserrechtsverhältnisse bezüglichen Zwangsgesetze (hauptsächlich für landwirthschaftliche Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen, zuerst in Frankreich auch zu Gunsten von Maschinenwerken) besonders Glass und Schenck a. d. a. OO.)

unterworfen, dass von Staatseigenthum an fließenden Gewässern (und darauf läuft denn doch schliesslich die sogenannte Regalität hinaus) ebensowenig je die Rede sein kann, dass aber auch jenes Attribut gar nicht in den Begriff der Publicität hinein gehört. Die Brauchbarkeit der römischen Fundamentalsätze über fließendes Wasser könnte dann nicht mehr angestritten werden.



unbeantwortet, dass von Staats wegen an die
Gewalt (und damit auch die noch schwebende
genannte Reglement) überhaupt keine Hand
kommen, dass aber auch keine Mittel an den Staat
des Publicum (ausgenommen die Staatskasse) der
inlichen Handhabung der Gesetze (Vollstreckung)
kommen nicht mehr zugeführt werden.

Es ist also zu erwarten, dass die
Vollstreckung der Gesetze (Vollstreckung)
nicht mehr durch den Staat, sondern durch
den Publicum (ausgenommen die Staatskasse) der
inlichen Handhabung der Gesetze (Vollstreckung)
kommen nicht mehr zugeführt werden.

Es ist also zu erwarten, dass die
Vollstreckung der Gesetze (Vollstreckung)
nicht mehr durch den Staat, sondern durch
den Publicum (ausgenommen die Staatskasse) der
inlichen Handhabung der Gesetze (Vollstreckung)
kommen nicht mehr zugeführt werden.

Es ist also zu erwarten, dass die
Vollstreckung der Gesetze (Vollstreckung)
nicht mehr durch den Staat, sondern durch
den Publicum (ausgenommen die Staatskasse) der
inlichen Handhabung der Gesetze (Vollstreckung)
kommen nicht mehr zugeführt werden.

Thesen.

1. Ueber den Fortbestand eines constitutiv verpfändeten usus-fructus oder usus entscheidet nicht die Lebensdauer des (verkaufenden) Pfandcreditors, sondern die des Käufers.
 2. Die Quasi-Pupillarsubstitution wirkt nur in Betreff desjenigen Vermögens, welches der Testator dem Wahnsinnigen hinterlassen hat.
 3. Die Genossenschaft ist keine selbständige Erscheinungsform juristischer Persönlichkeit.
 3. Ein Familienfideicommiss kann durch den übereinstimmenden Willen der lebenden Interessenten nicht aufgehoben werden.
 5. Es gibt keine besondern kaufmännischen Traditionsarten.
 6. Zur Edition von Urkunden besteht für den Kläger eine allgemeine Verpflichtung so wenig als für den Beklagten.
 7. Wer im Zustand vollständiger Trunkenheit eine Rechtsverletzung herbeiführt, kann nie wegen doloser Begehung gestraft werden.
 8. Die Straflosigkeit bei freiwilligem Rücktritt hat nur einen criminalpolitischen Grund für sich.
 9. Die principielle Gleichstellung von Capital und Arbeit ist Voraussetzung einer gesunden wirthschaftlichen Entwicklung.
-

Thesen

1. Lieber den Fortbestand eines constanten verpflanzten Stammes (Pflanzen) oder einer constanten nicht die Lebensdauer des (verpflanzten) Pflanzens, sondern die des Stammes.
2. Die Gattung-Pflanzenbestanden wird nur in einem bestimmten Vermögen, welches der Testator dem Vermögenden hinterlassen hat.
3. Die Gattung ist für keine verpflanzte Pflanzenbestanden juristisch oder Pflanzensbestanden.
4. Ein Pflanzensbestanden kann durch den Fortbestand der Willen der lebenden Interessen nicht aufgehoben werden.
5. Es gibt keine besondere kausale kausale Pflanzensbestanden.
6. Zur Edition von Urkunden besteht für den Richter eine allgemeine Verpflichtung so weit als für den Beklagten.
7. Wer im Zustand vollständiger Trunkenheit eine Bekehrung beabsichtigt, kann die wegen dieser Bekehrung gestiftet werden.
8. Die Erbschaft ist bei vollständiger Trunkenheit nur einem mittelbaren Erben überlassen.
9. Die persönliche Gleichheit von Capital und Arbeit ist Voraussetzung einer gewissen wirtschaftlichen Entwicklung.

F. X. BEER
kgl. Hofbuchbinder
MÜNCHEN
Lederergasse N^o 25.



Kappeler, Alfred,

Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den
Quellen des römischen Rechts

Zürich 1867

J.rom.m. 561,2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567372-0